

Colección Facultad de Ciencias Jurídicas
UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

**DERECHO DE SOCIEDADES
MERCANTILES**



Cristian Alberto Robleto Arana

Preceptos Constitucionales sobre la Empresa

Art. 99

“El Estado, es el responsable de promover el desarrollo integral del país y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales y regionales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial, privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social.

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, micro empresas, empresas cooperativas, asociativas y otras...”

“El Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que se regirán conforme las leyes de la materia. Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley”

Art. 100

“El Estado promulgará la Ley de Inversiones Extranjeras, a fin de que contribuya al desarrollo económico social del país, sin detrimento de la soberanía nacional”.

Art. 104

“Las empresas que se organicen bajo cualesquiera de las formas de propiedad establecidas en esta Constitución, gozan de igualdad ante la ley y las políticas económicas del Estado. La iniciativa económica es libre.

Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas, sin más limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes (2)”.

346.0682
R-666
C.2

Cristian Alberto Robleto Arana

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil
Universidad Centroamericana

6697

Ingreso	07/03/06
Comprado a	
Donado por	colección pat.
Precio	200677121

DERECHO DE SOCIEDADES MERCANTILES

Código de Comercio de 22 marzo 1869

Título II

De las Compañías mercantiles

Art. 140

“Es compañía mercantil el contrato escriturario, por el que dos o más comerciantes, se asocian, concurriendo con haberes e industria, o con alguna de estas cosas, a fin de hacer algún lucro en negocios comerciales”.

UCA

CA

*A mis hijos, esposa y
estudiantes de Derecho*



ÍNDICE

PRIMERA PARTE INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	23
1. Importancia del estudio de la empresa colectiva	23
2. Breve reseña histórica	25
3. Naturaleza	27
4. Concepto de derecho de sociedad	29
5. Elementos del contrato de sociedad	31
6. Mercantilidad de la sociedad	34
7. Distinción entre sociedades de personas y de capital	36
8. Tipos de sociedades	36
9. Otros tipos de sociedades no regulados en nuestra legislación.....	38
10. Sociedades atípicas y evolución hacia nuevos tipos sociales	39
11. Formalidades de constitución de sociedades mercantiles en general	40
12. Sociedades irregulares	42
13. La nulidad de la sociedad	44
14. La personalidad jurídica	48
15. Consecuencias de la personalidad jurídica	48
16. Denominación social	49
17. Domicilio de la sociedad	51
18. La nacionalidad	52

SEGUNDA PARTE SOCIEDADES PERSONALISTAS

CAPÍTULO II

SOCIEDAD COLECTIVA	67
1. Introducción y significado	67
2. Constitución de la sociedad	71
3. Requisitos para empezar operaciones	77
4. Órganos de la sociedad en nombre colectivo	77
5. Relaciones jurídicas internas en la sociedad colectiva	79
6. Relaciones jurídicas externas	90
7. Transmisión de las partes sociales	93
8. Modificación de la escritura	94
9. Prohibiciones a que están sujetos los socios de compañía colectiva	94
10. Prescripción	95

CAPÍTULO III

SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE	97
1. Formación histórica y definición	97
2. Órganos de la sociedad en comandita	101
3. Constitución de la sociedad y firma de la sociedad en comandita simple	102
4. Relaciones jurídicas internas	103
5. Relaciones jurídicas externas	106

TERCERA PARTE SOCIEDADES CAPITALISTAS

CAPÍTULO IV

GENERALIDADES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	109
1. Antecedentes de las sociedades anónimas	109
2. Régimen legal vigente	111
3. Importancia de la sociedad anónima	111
4. Concepto y carácter de la sociedad anónima	112
5. Algunas distinciones relevantes de la sociedad anónima con otras formas societarias	113
6. Naturaleza mercantil de la sociedad anónima	110
7. Referencia al régimen especial de algunas sociedades anónimas	115
8. Distintos subtipos o clases de sociedades anónimas	116
9. El capital social	118
10. Denominación de la sociedad anónima	127
11. Nacionalidad, domicilio y sucursales	128
12. La personalidad jurídica	130

CAPÍTULO V

LA FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA	133
1. La escritura pública y los estatutos	134
2. Inscripción en el Registro Mercantil	140
3. Nulidad de la sociedad	141

CAPÍTULO VI

CLASES DE FUNDACIÓN. APORTACIÓN SOCIAL	143
1. Clases de fundaciones	143

CAPÍTULO VII

LAS APORTACIONES SOCIALES Y EL FONDO DE RESERVA	151
1. Concepto de aportaciones sociales	151
2. Objetos y clases de aportaciones	151
3. Los dividendos pasivos	155
4. Fondo de Reserva	158

CAPÍTULO VIII

LA ACCIÓN EN GENERAL	163
1. Origen histórico	163
2. Aspectos de su estudio	163
3. Las acciones como parte del capital	164
4. Las acciones como derecho. Los derechos del socio	169
5. Clases de acciones por el contenido de los derechos que atribuyen	183
6. Las acciones sin voto	186

CAPÍTULO IX

DOCUMENTACIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA ACCIÓN	189
1. Acciones como títulos y anotaciones en cuentas	189

CAPÍTULO X

LA ACCIÓN. AUTOCARTERA. DERECHOS REALES	203
1. Consideraciones generales	203
2. Régimen legal de la adquisición de acciones propias	204
3. Propiedad y copropiedad	205
4. Derechos reales limitados	206

CAPÍTULO XI

LOS ÓRGANOS SOCIALES	217
1. Clases de órganos sociales	217
2. La junta general de accionista	218
3. Órgano de administración de la sociedad anónima.	
Los administradores	245
4. Órgano de vigilancia	266

CAPÍTULO XII

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL: AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL	271
1. La modificación del contrato social	271
2. Órgano competente	272
3. Requisitos de forma y publicidad	272
4. Supuestos especiales de modificación	273
5. Publicidad de las modificaciones	276
6. Aumento de capital	277
7. Reducción del capital	282

CAPÍTULO XIII

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD	289
1. Transformación	289
2. Fusión	292
3. Escisión de sociedades	301

CAPÍTULO XIV

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES	305
1. Concepto	305
2. Características de las sociedades en comanditas por acciones	306
3. Sociedad mercantil	306
4. Razón o denominación social	307
5. Capital fundacional	307
6. Responsabilidad desigual de los socios	307
7. Capital social dividido en acciones	307
8. Derechos y obligaciones de los socios	308
9. Prohibiciones	308
10. Órganos de la sociedad en comandita por acciones	309
11. Constitución, disolución y liquidación de la sociedad en comandita por acciones	311

CUARTA PARTE
ASOCIACIONES COMERCIALES

CAPÍTULO XV

ASOCIACIONES MOMENTÁNEA Y EN PARTICIPACIÓN	315
1. Asociación momentánea	315
1.1 Concepto	315
1.2 Características	315
2. Asociación en participación	316

QUINTA PARTE
DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO XVI

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES	329
1. Disolución	329
2. Liquidación	335
3. Extinción	344
4. Reactivación de la vida social	345
5. La llamada disolución parcial	346

Abreviaturas

LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Responsabilidad Limitada de España
EURL	Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código de Comercio de la República de Nicaragua
C	Código Civil
Op. Cit	Obra citada
Cfr	Confrontar
C de c	Código de Comercio Español
Pág.	Página
Págs.	Páginas
ss	siguientes
LGTV	Ley General de Títulos Valores
Pr	Código de Procedimiento Civil
CEE	Comunidad Económica Europea
SA	Sociedad Anónima
RL	Responsabilidad Limitada
JGA	Junta General de Accionistas
JD	Junta Directiva
JV	Junta de Vigilancia
CB	Código de Bustamante
ADR	Alternativa Dispute Resolutions

PRÓLOGO

El Doctor Cristian Alberto Robleto Arana me ha pedido que prologue su obra "Curso de Sociedades Mercantiles".

Escrito en lenguaje asequible, pero rigurosamente jurídico, el "Curso" que nos ofrece el Doctor Robleto Arana es un compendio completo y técnico de la legislación nicaragüense referida a las personas jurídicas mercantiles.

Es realmente meritorio el esfuerzo realizado por el Doctor Robleto Arana, y estoy seguro que coadyuvará a la divulgación y mejor entendimiento de nuestro Derecho Mercantil, rama jurídica indispensable y decisiva para el desarrollo económico y social del país, y cuya importancia se ve cada vez más aumentada en el proceso de globalización de la economía mundial.

Estoy seguro que este libro se convertirá en una fuente indispensable de consulta tanto para juristas como para empresarios, administradores y demás sujetos de la actividad mercantil.

No me queda más que expresar mis parabienes para el autor, y mi deseo de que pronto nos presente otras obras, tan dignas de encomio como la que hoy tenemos en las manos.

Iván Escobar Fornos

Presentación

Este texto, aparece en los momentos en que Nicaragua se enfrenta al reto de implementar el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los países centroamericanos, República Dominicana y Estados Unidos, mejor conocido como DR CAFTA. Fue elaborado con miras de contribuir a la ciencia jurídica de nuestro país, tratando de llenar ese vacío existente. Es eminentemente jurídico y con un enfoque moderno, porque como podrá observar, muestra las principales corrientes doctrinarias en la materia y legislaciones extranjeras que regulan de manera concreta las sociedades mercantiles.

La actual edición, sistematiza en cinco partes divididas en dieciséis capítulos, las sociedades y asociaciones mercantiles reguladas en nuestra legislación, apunta a actualizar y modernizar la formación académica de nuestros estudiantes y profesionales del Derecho, desde un punto de vista teórico y práctico.

La primera parte, comprende un primer capítulo que trata sobre la teoría de la sociedades mercantiles, profundizando en los elementos del contrato de sociedad, la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas, las sociedades irregulares, sociedad de hecho, la personalidad jurídica, denominación, domicilio y nacionalidad.

La segunda parte, comprende los capítulos dos y tres, en los que se aborda las sociedades personalistas, profundizando tanto en la sociedad colectiva como la sociedad en comandita simple. En cada forma societaria se analizan los elementos sustantivos y adjetivos del contrato de sociedad y las relaciones internas y externas del mismo.

La tercera parte, es la más amplia del texto, comprende los capítulos del cuatro al catorce, desarrollando las sociedades capitalistas, en particular la sociedad anónima; abordando los principios del capital social, las formas de fundación social, aportaciones dinerarias y no dinerarias, el fondo de reserva, las acciones, los derechos de los accionistas, transmisión de las acciones, la acción como título y como derecho, la autocartera, los tipos y funciones de los órganos sociales, modificación del contrato de sociedad, aumento y reducción de capital social, la transformación, fusión y escisión de la sociedad y de manera simplificada la sociedad en comandita por acciones.

La cuarta parte, del capítulo quince, estudia las asociaciones momentáneas y en participación.

La quinta y última parte, estudia la disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, tanto de las sociedades capitalistas como personalistas.

Para comprender la lectura de cada capítulo, el lector debe tener a la mano el Código de Comercio y leyes complementarias citadas al pie de página.

Cristian Alberto Robleto Arana
Managua, enero 2006

Datos del Autor

Cristian Alberto Robleto Arana. Licenciado en Derecho de la Universidad Centroamericana. Abogado y Notario Público. Master en Derecho Privado por la Universidad de Barcelona España. Master en Derecho de Empresas por la Universidad Centroamericana. Postgrados en Derecho de Empresas, Derecho Laboral, Propiedad Intelectual, Mediación, Arbitraje, Derecho Bancario y otros. Docente de Derecho Mercantil y Civil de la Universidad Centroamericana (Pregrado, Postgrado y Maestría). Profesor de la Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia. Miembro Directivo de la Asociación de Profesionales de la Universidad Centroamericana, Coordinador de Derecho en la Modalidad de Educación a Distancia. Investigador en el área del Derecho Mercantil con diversas publicaciones. Consultor externo del Consejo Nacional de Universidades-CNU.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

1. Importancia del estudio de la Empresa Colectiva

Cuando se habla de la empresa colectiva, tal concepto debe entenderse como la empresa "titular social", es decir, aquella cuyo titular es una sociedad mercantil. El papel que desempeña la empresa como "titular social" es cada vez más importante, en tal sentido la tendencia moderna consiste en la sustitución de los empresarios individuales, por los empresarios colectivos en todos los campos de la economía. La existencia de la sociedad mercantil es un hecho esencial para la marcha económica de la colectividad¹.

Frente a la imposibilidad del empresario individual de ejercer aisladamente determinadas empresas, aparece el empresario colectivo, el cual requiere que varias personas aporten su colaboración para formar el elemento patrimonial, ya que esa unión permite el desarrollo empresarial, constituyendo diversos tipos de sociedades mercantiles para lograr ese objetivo. Este fenómeno es cada vez más relevante, tanto así, que junto a las actividades empresariales, están presentes otros intereses que persiguen como objetivo fundamental, la constitución de sociedades mercantiles.

La importancia del estudio de las sociedades mercantiles radica en los siguientes aspectos:

1.1 Por la separación del patrimonio individual del patrimonio social

El patrimonio individual, es conocido como patrimonio familiar y el segundo, como patrimonio mercantil. Para distinguir uno de otro, es necesario que el patrimonio separado surja bajo la titularidad de una persona jurídica creada por el empresario.

¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Tratado de las Sociedades Mercantiles*. Tomo I. Editorial Porrúa. 5ta edición. México. 1977. Págs. 1,2

En el caso nicaragüense, tenemos las sociedades que separan el patrimonio individual y el social: Sociedades Anónimas, Sociedades Colectivas de Responsabilidad Limitada, Sociedad en Comandita por Acciones y Sociedad en Comandita Simple, pero en éste último caso el de los comanditarios. En otras legislaciones como la de España, además de las anteriores, también existen Sociedades Unipersonales constituidas como Anónimas y otras de Responsabilidad Limitada. En todas éstas, el riesgo económico queda reducido en perder la aportación que hizo a la sociedad y el empresario no responde personalmente por las deudas sociales.

1.2 Por la transmisión del negocio o la empresa en sentido objetivo, a través de la venta de acciones o participaciones sociales, o mediante transmisión hereditaria en caso de fallecimiento; es decir, puede cambiar de socio, pero el titular del patrimonio – *la sociedad*- sigue siendo la misma.

1.3 Porque se pueden unificar varias sociedades, que tenga por objeto el desarrollo de diversas actividades.

1.4 La constitución de la sociedad tiene indudablemente un interés especial por la acumulación de capital.

1.5 El Derecho de Sociedades tiende a su unificación, es decir, dar un sentido conjunto a todas las clases de sociedades, tanto las civiles como las comerciales, aunque la doctrina no sólo llega a la conveniencia de su estudio conjunto, sino afirma la individualidad del Derecho de Sociedad como rama propia dentro de la disciplina jurídica.

1.6 Tanto las sociedades civiles, como las mercantiles se caracterizan frente a las asociaciones estrictas, por su finalidad normalmente lucrativa.

1.7 Las sociedades tienen un origen negocial, normalmente un contrato, que dará vida a un ente, al que una vez cumplido los requisitos exigidos, el ordenamiento le reconoce la personalidad jurídica. De ahí el doble aspecto contractual e institucional de la sociedad.

2. Breve reseña histórica

Según Joaquín Rodríguez², las diversas formas de empresas mercantiles sociales han tenido distintas raíces. "Cada una de estas formas han nacido independientemente de las otras; la sociedad en comandita, no es históricamente una sociedad de nombre colectivo modificada, y la sociedad por acciones no es una sociedad en comandita modificada; pero una vez nacidas, han tenido recíproca y diversa influencia; así, la economía doméstica en sociedad ha tomado carácter mercantil bajo la influencia de la *commenda*, por el contrario, la *commenda* bajo la influencia de la colectiva plenamente desarrollada, se ha aproximado a ésta y se encuentran en la actualidad formas mixtas y formas intermedias"³.

Rodríguez nos presenta la evolución histórica de las empresas mercantiles:

Primera etapa: Las sociedades se caracterizan por su carácter ocasional y transitorio. Se crean para la realización de un fin concreto y determinado. Las sociedades ocasionales arrancan del tipo latino de la *commenda*, contrato cuya esencia consiste en el encargo dado por el *comendador* al *tractor* para que éste opere con el dinero o las mercancías que aquél le proporciona. Tiene dos formas típicas: la *accomendatio* y la *collegantia* o *societas*, caracterizadas éstas, porque frente a terceros sólo actúa el *tractor*. Estas formas latinas tienen una estrechísima correspondencia con las germánicas denominadas *Sendeve* y *Wedderlegginge*.

Segunda etapa: Aparecen las sociedades de tipo permanente, sociedades colectiva y sociedades en comandita. Las colectivas se encuentran desarrolladas con principios semejantes a las actuales, surgen alrededor del siglo XIII. Son sociedades de origen familiar, resultando de la transformación de las empresas artesanales individuales en sociedades basadas en el trabajo de los hijos de los artesanos o la cooperación de los antiguos oficiales ascendidos a maestros. De la antigua *commenda*, se deriva la sociedad en comandita típica y la asociación en participación. En los siglos XVII y XIX aparecen y se perfeccionan las sociedades de capital. Ya en el

² Cfr Rodríguez, Joaquín. *Op. Cit.* T. I. Págs. 2, 3

³ Mossa, *Diritto commerciale*, Milán, 1937. I. pág. 106

curso del siglo XX, las formas económicas y jurídicas, sufren grandes alternaciones en su concepción tradicional. Aparecen sociedades mixtas, como formas de la actuación del Estado en el campo de las actividades mercantiles y las grandes concentraciones industriales.

Las formas societarias clásicas recogidas en el Código de Napoleón, se reducen en tres, las mismas que poco después, son acogidas en el Código de Comercio Español de 1829 y el primer Código de Comercio de Nicaragua del 22 de Marzo año 1869, éstas son: Sociedades Colectivas, en Comanditas y Anónimas. Estas formas clásicas han llegado a ser insuficientes para atender todas las necesidades de la economía contemporánea. Surgen entonces nuevas formas sociales en la que se trata de combinar la estructura personal de la sociedad colectiva con los principios capitalistas de las anónimas, así nace la Sociedad en Comandita por Acciones y en el caso de España, México, Colombia y otros países europeos, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, ambas producto de la reflexión legislativa y no de formas espontánea de organización. Finalmente debe apuntarse la aparición de formas asociativas que rompen con los modelos clásicos y que se sitúan por encima de los límites tradicionales del Derecho Mercantil, como son las grandes combinaciones económicas, *Trusts*, *Korzern*, *Karells*, *Joint Venture*, etc. Cuya ordenación jurídica se encuadra en el llamado Derecho Económico.

A tal efecto y sin entrar en el régimen de las sociedades en los estatutos italianos, en los orígenes de la llamada edad moderna, hemos de aludir, a fuentes de regulación de las sociedades mercantiles, en primer término, en las Ordenanzas del Comercio Francés de 1673, tanto por la influencia que tuvo las Ordenanzas en especial, en las de Bilbao de 1737 como en la codificación napoleónica, que influye en buena medida el régimen vigente de las sociedades mercantiles europeas⁴.

⁴ Sánchez Calero, Fernando. Instituciones del Derecho Mercantil. V. I. Madrid. 24ª edición. Mc Graw Hill. 2001. pág. 218

3. Naturaleza

La doctrina discute si nos encontramos ante un verdadero contrato de sociedad- el acto por el cual, origina al empresario social, debido a la pluralidad de personas que participan en el momento fundacional, surge una organización más o menos compleja, origina relaciones jurídicas entre las personas que participan y éstas, frente a la organización que alcanza una personificación jurídica. La doctrina del siglo pasado caracterizó el contrato social, como "*un acto conjunto de creación*", de un "*acto colectivo*", de un "*acuerdo jurídico social unilateral de fundación*". La doctrina mayoritaria se inclina por indicar que aún cuando el contrato tiene aspectos característicos, su naturaleza debe mantenerse dentro del campo contractual, que se caracteriza no tanto porque puede ser un contrato plurilateral, sino de modo especial en ser un contrato de organización, en cuanto que la finalidad esencial del contrato es precisamente crear una organización que tiende a personificarse⁵.

Cándido Paz-Ares⁶, señala que la sociedad mercantil es la unión voluntaria de personas, tiene su origen en un negocio jurídico constitutivo que tradicionalmente, si bien con algunas discrepancias, viene siendo adscrito a la amplia categoría de los contratos. Esta es la línea que siguen nuestros Códigos, que hablan de "contrato de sociedad" en toda una serie de preceptos, en nuestro sistema jurídico mercantil lo encontramos en los artículos 121, 122, 167 CC, y ésta es la línea doctrinalmente más correcta.

La calificación del negocio jurídico fundacional de una sociedad como contrato ha tratado de combatirse mediante la observación de que en la sociedad no concurren los rasgos de identificación específicos de la figura del contrato, a saber: la presencia de un *conflicto de intereses* y la *naturaleza económica* del conflicto.

3.1 Conflicto de intereses: La divergencia de intereses que caracteriza a todo contrato bilateral, es el elemento identificador, pero en este tipo de contrato social no tiene sentido hablar de divergencias de intereses, por lo tanto, desde este punto de vista, el alineamiento o paralelismo de intereses que se dan cita para constituir la sociedad

⁵ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 220, 221

⁶ Paz-Ares, Cándido, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid. Civitas. 1999. pág. 440, 441

merecería más bien la calificación de *acto unilateral colectivo*. Pero, en el estado actual de la doctrina, tal caracterización no puede admitirse. A nuestro modo de ver, así sucede porque como ahora se viene afirmando con ideas muy extendidas, la sociedad presenta una estructura de intereses ciertamente distinta a la de los contratos de cambio, más no en el sentido de que falte un conflicto de intereses, sino en el sentido de que, al lado del conflicto de intereses, hay también un interés común⁷.

3.2 La naturaleza económica: El conflicto no plantea problemas más que en las sociedades no lucrativas a las que, precisamente por esta razón, en ocasiones se les ha negado naturaleza contractual. Se trata, sin embargo, de una observación que no es correcta, pues con ella se viene a confundir la naturaleza del fin (que puede ser no económico) con la naturaleza de la obligación de aportar, necesariamente es económica o patrimonial⁸.

Continúa exponiendo el autor, que el contrato social tiene un aspecto contractual y un aspecto institucional. Aclara, sin embargo, que aún siendo una caracterización muy expresiva, no resulta del todo exacta. El aspecto institucional no puede desgajarse del aspecto contractual, más bien es un efecto de él. Por esta razón lo procedente es distinguir, dentro de los efectos del contrato, los que se proyectan en el orden obligacional y aquellos otros que se proyectan en el orden institucional, en el bien entendido de que todos ellos tienen su fuente en el contrato. En este sentido podemos afirmar que el contrato de sociedad es un contrato con doble eficacia: eficacia obligatoria (contrato obligatorio) y eficacia organizativa (contrato de organización).

El contrato de sociedad, es un *contrato obligatorio*. De él surgen, en efecto, obligaciones y derechos para las partes que, por la patrimonialidad de su contenido se articulan perfectamente en el sistema del Derecho de obligaciones. El hecho de que muchas veces ese aspecto patrimonial se vea teñido de una vinculación jurídico personal más acentuado de la que es común en el resto de los contratos, no autoriza a situar el contrato de sociedad fuera de la órbita del Derecho de obligaciones. Las normas del Derecho

⁷ *Id*

⁸ *Id*

de obligaciones le son aplicables al contrato de sociedad con toda naturalidad.

El contrato de sociedad es también *un contrato de organización*. Se refiere a las relaciones externas de la sociedad, a través de su personalidad jurídica, institución reconocida por el derecho, a través de la cual puede actuar con capacidad en el mundo exterior y con patrimonio propio⁹.

4. Concepto de Derecho de Sociedad

El Código de Comercio de 1869, en su artículo 140 definía las compañías colectivas como *"el contrato escriturario, porque dos o más comerciantes, se asocian, concurriendo con haberes e industria o con alguna de estas cosas, a fin de hacer algún lucro en negocios comerciales"*.

Nuestra actual legislación mercantil no define el concepto de Sociedad, dicho concepto es único y unitario para todo el Derecho Privado y válido para todas las formas sociales, desde la más simple hasta la más compleja. La definición de sociedad contenida en el artículo 3175 del Código de Civil, es válida para nuestra materia de estudio:

"Se llama sociedad el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industrias, o los unos y las otras juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas".

De acuerdo a la definición anterior podemos destacar las siguientes notas particulares del contrato de sociedad:

4.1 Los contratos sociales surgen por la participación de más de dos personas¹⁰, sin embargo en otras legislaciones como la española puede fundarse una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada con una sola persona¹¹.

⁹ Athié Gutierrez, Amado, *Derecho Mercantil*, McGrawHill, 2 edición, México, 2002, Pág. 446; De la Cámara Álvarez, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil*, primera parte, Editorial de Derecho Financiero, 2º edición, Madrid, 1977, pág. 46 y ss

¹⁰ Arts. 123.1-124.1-202-270 CC, 3175 C

¹¹ En España está regulado en los arts. 311 y sig. del *Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades*

4.2 Los socios se obligan a hacer las aportaciones que han de contribuir a un fondo común, aportaciones que pueden consistir en bienes o servicios, determinados en el contrato¹².

4.3 Colaboración por parte de los socios en el ejercicio de una actividad económica común. Esta participación le otorga a la sociedad un aspecto dinámico¹³.

4.4 Obtención de ganancias por medio de la sociedad -*finalidad lucrativa*- que las diferencia de las asociaciones sin fines de lucro, la cual es la causa del contrato¹⁴.

Siguiendo una de las últimas líneas de pensamiento doctrinario, un concepto amplio de sociedad, sería el siguiente: *"Es una asociación de personas que quieren conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización previsto por la ley"*. De esta manera tenemos una definición más insegura,

Anónima. Introducido por la Ley 2/1995 del 23 de marzo de Sociedad de Responsabilidad Limitada). Art. 125 y sig. De la ley 2/1995. Admitida por el la Directiva 89/667/CEE del 21 de diciembre de 1989. En Francia, se admitió la Sociedad unipersonal como empresa unipersonal de Responsabilidad Limitada (EURL) en la ley 85.697 del 11 de julio de 1985, completada por el Decreto 86.909 del 30 de julio de 1986. En Alemania, se recepta el tipo en la década de 1980, denominándola Sociedad de Fundación Unipersonal. Italia, por su parte, en 1994 incluyó en su código civil la sociedad de responsabilidad limitada, unipersonal, constituida, por un acto unilateral de voluntad, art. 2.475 y ss. Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, legislan permitiendo la constitución de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. En Latinoamérica, Colombia que la admite en la ley No. 222 del 21 de diciembre de 1995, vigente a partir del 21 de junio de 1996, mediante el cual introduce reformas al código de comercio de ese país, en materia societaria, artos. 71 al 81. Argentina, a nivel legislativo, se encuentra en primer lugar la ley 23.042, vetada por el decreto 2.719/91, que fue el primer trabajo global de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina. El proyecto dispuso la sociedad unipersonal, tanto para las anónimas como para las sociedad de responsabilidad limitada, para éstas últimas requería que el socio único fuera una persona física, en cambio en las sociedades anónimas podía constituirse o continuar con un solo socio, fuese éste persona física o jurídica. También fue tratado en el proyecto de unificación civil y comercial de 1986, que proponía reformar el artículo primero de la ley 19.5550. La cuestión fue tratada en otros proyectos de ley, entre los cuales tenemos el proyecto de unificación de sociedades comerciales, elaborada por una comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación, en el año 1991; el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1992 de la Cámara de Diputado de la Nación y el proyecto de reforma del libro II del Código Civil de 1992 no llegando a prosperar. (Argañaras, José Ignacio. *Sociedad Unipersonal: Opción del Comerciante individual*. Revista Jurídica. Marzo/01. <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcom008.htm>. Argentina)

¹² Arts. 33.3-123.4-124.3.7.9-13-147-172 CC; 3175-3190-3292-3241-3242-3243-3244 C

¹³ Arts.145-169.1-170-201 CC; 3175-3201-3211-3217-3218-3219-3225-3237 C

¹⁴ Arts.146-147-170-172-257; 3175-3202-3218-3233-3240-3241.3.4-3243 C

pero más flexible. En este concepto amplio, desaparece el ánimo de lucro como elemento esencial, con el propósito de dar cobertura dentro del contrato de sociedad a sociedades que carezcan de dicho propósito lucrativo¹⁵.

5. Elementos del Contrato de Sociedad

La celebración del contrato de sociedad requiere para su validez la concurrencia de los elementos generales de formación del contrato: *consentimiento, objeto, causa* y en su caso, *forma*¹⁶.

5.1 El Consentimiento

El consentimiento¹⁷ libre de vicios ha de recaer sobre todo en el contenido del contrato. Cualquier persona física o jurídica, puede constituir sociedades siempre que tenga capacidad suficiente, que se complementa con la representación de acuerdo a las reglas del Código Civil¹⁸.

Según Cándido Paz-Ares¹⁹, para que el consentimiento sea válido, es necesario, en *primer lugar*, verse sobre el fin común y sobre las aportaciones, que son los elementos esenciales del contrato de sociedad. En *segundo lugar*, el consentimiento debe ser formado y expresado libremente²⁰, (es decir, sin vicios de la voluntad). Y en *tercer lugar*, es preciso que sea prestado por personas con capacidad suficiente para obligarse²¹.

En este último punto hay que tomar en cuenta a los menores emancipados y al declarado mayor; también a las sociedades entre cónyuges y a las personas jurídicas²².

¹⁵ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.*, T. I, pág. 223

¹⁶ Nuestro sistema jurídico sigue la misma postura que el Derecho francés, italiano y español, es decir, se requiere para la válida existencia de un contrato, consentimiento, objeto y causa, ya que ésta es el motivo o fin del contrato, según la terminología que se use. Puede agregarse como elemento la forma.

¹⁷ Art. 2447.1 C

¹⁸ Arts. 1833-2471-2472 C

¹⁹ Cfr. Paz-Ares, en Uría-Menéndez, Rodrigo. *Op. Cit.* T.I. pág. 463, 464

²⁰ 2455 al 2471 C

²¹ Arts. 2471-2472 C

²² Arts. 271 al 282-49-153-2483.4-3962.8-3, 76 C

5.2 El Objeto

Para Ignacio Logendio Osborne²³, el objeto del contrato hay que entenderlo como el objeto de las obligaciones de los socios, esto es las aportaciones. La aportación es la prestación que efectúa el socio como medio para la consecución del fin común que la sociedad persigue, a través del ejercicio de la actividad propia de su objeto. Tiene que ser adecuada a la formación del patrimonio social según el tipo de sociedad y cumple con la función de garantía que adquiere mayor relieve en aquellas sociedades en las que los socios no responden por las deudas sociales. Puede hacerse aportaciones de bienes, en el sentido más amplio o aportaciones de carácter industrial, es decir, aportaciones de actividades personales. Se puede aportar a título de uso o de dominio. Las aportaciones deben ser lícitas, posibles, determinadas²⁴. Hay que distinguir el objeto del contrato, la aportación, de una segunda acepción -el objeto social²⁵- Por éste se entiende la actividad a la que se dedica o se va a dedicar la sociedad. El objeto social ha de ser la causa del contrato, por lo que debe ser lícita y posible.

Las aportaciones pueden ser²⁶:

5.2.1 En numerario: Consiste en la obligación de dar dinero, que se cumple con el pago de una cantidad determinada y prometida. Son aplicables las reglas de la obligaciones consistentes en dar cosas fungibles.

5.2.2 De especies: Todo lo que no es dinero, cabe en este concepto, salvo que se trate de trabajo o actividad que es el contenido propio de las aportaciones de trabajo o industria. Pueden consistir en bienes muebles e inmuebles.

5.2.2.1 Aportaciones de inmuebles: Debe efectuarse con las exigencias de la ley civil, aunque en todo caso ha de constar en

²³ Logendio Osborne, Ignacio, en Jiménez Sánchez, Guillermo. *Derecho Mercantil*, T. I, Ariel, Barcelona. 6ta edición. 2000. T.I. pág. 175; De Solá Cañizares, Felipe, *Tratado de Derecho Comercial*, T. III, Montaner y Simón, S.A, Barcelona, 1963, pág. 65

²⁴ Arts. 2447.2, 2473 al 2478 C

²⁵ Arts. 123.2-124.3 CC

²⁶ Cfr Rodríguez, Joaquín. *Op. Cit.* T. I Págs. 36 al 41; Ascarelli, Tullio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Ediar SA, Buenos Aires, 1947, pág. 75

escritura pública. Merece, en este caso especial atención las aportaciones de derechos reales sobre bienes inmuebles, como son los de servidumbre y derechos de usufructo, que conceden a la sociedad los mismos derechos que a un particular, a quien se le hace titular de una de esas relaciones jurídicas. También puede aportarse la posesión y los derechos hipotecarios. El uso o habitación, por ser personalísimos, no es transferible.

5.2.2.2 Aportaciones de muebles: Ya sea que se trate de bienes muebles por su naturaleza o por disposición de la ley: Títulos valores (Acciones); propiedad intelectual (Derecho de autor, de marca, patentes, avisos, nombres de dominio).

5.2.3 Aportaciones de cosas futuras: Pueden aportarse las cosas futuras, en cuanto pueden ser objeto del contrato, nunca puede ser objeto de aportación, la herencia, mientras no se haya causado.

5.2.4 Aportaciones de cosas ajenas y aportaciones condicionales: Este tipo aportación no cabe cuando se trata de sociedad de capital.

5.2.5 Aportaciones de trabajo: Llamada aportación industrial o de esfuerzos, consiste en la aportación de energías personales, intelectuales o materiales. Este tipo de aportación no cabe en las sociedades capitalistas y es normal en las sociedades personalistas, como la colectiva y en comandita. El incumplimiento de la aportación de trabajo es sencillamente una obligación de hacer, por lo que desde luego el infractor quedará sujeto al pago de los daños y perjuicios.

5.3 La Causa

Expone Logendio²⁷, que la sociedad se organiza para el desarrollo de una actividad que proporcione ganancias. Se plantea el problema que si la causa es el fin de lucro o éste es sólo un elemento natural de aquella que puede faltar²⁸.

El fin común es la causa de las obligaciones derivadas del contrato social, como en su dimensión organizativa; es decir, el fin común es la ley de la entidad resultante del contrato de sociedad. El fin común, juega en el contrato de sociedad un papel similar al que juega el sinalagma dentro de los contratos de cambio.

²⁷ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez, Guillermo, *Op. Cit.*, pág. 175

²⁸ Art. 1872 C

Nuestro sistema regula la causa de los contratos en el Código Civil, aplicables al contrato social:

5.3.1 Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume su existencia, y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario²⁹.

5.3.2 La obligación será válida, aunque la causa expresada en ella sea falsa³⁰.

5.3.3 La obligación fundada en una causa ilícita no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes, a las buenas costumbres y al orden público³¹.

5.4 La forma

La forma, es el medio señalado para que se manifieste la voluntad de los socios. Las sociedades se constituyen en escritura pública ante notario, tanto su constitución como sus reformas. La falta de forma puede provocar la nulidad del contrato³².

El Código Civil en el art. 3184 reconoce el contrato celebrado de forma verbal señalando expresamente: *"En los casos en que el contrato de sociedad pudiere celebrarse verbalmente, bastará el consentimiento tácito, fundado en hechos que lo hagan presumir de un modo necesario"*. Pero en materia mercantil tal hipótesis no es aplicable³³.

6. Mercantilidad de la sociedad

Son mercantiles, las sociedades que adopten una de las formas previstas por el Código de Comercio o por las leyes especiales. Art. 118 CC (sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones). La adopción de cualquiera de estas formas obliga a los socios a inscribir a la sociedad en el Registro Mercantil, lo que trae como consecuencia

²⁹ Art. 1872 C

³⁰ Art. 1873 C

³¹ Art. 1874 C

³² Arts. 121-122-125-126-127 CC, 3182-3183 C

³³ Art. 3184 C; 333 CC

la eficacia constitutiva, de manera que no existen formalmente sin la debida inscripción³⁴.

Son mercantiles, las sociedades que no habiéndose inscrito en el Registro Mercantil ejercitan una actividad empresarial³⁵. La falta de inscripción puede deberse a que están en proceso de constitución- *sociedades en formación*-, bien porque se le deniegue el acceso al Registro por no ajustar su regulación a las normas mercantiles, o bien porque los socios no han querido inscribirlas- en éste último caso denominadas sociedades irregulares³⁶.

Es importante señalar que la finalidad lucrativa se presenta tanto en la sociedad civil como en la mercantil. El criterio de distinción no se determina en los códigos con la claridad deseada, por que el Código Civil establece la existencia de sociedades civiles con forma mercantil. Parece que el más claro criterio de distinción, es el objeto.

A las sociedades civiles con forma mercantiles se les aplican las normas del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Código Civil. Aunque la disciplina de la sociedad civil y el de la sociedad colectiva son en gran parte semejantes, pero encontramos diferencias sobre todo en el régimen de su constitución y en el de responsabilidad.

Las reglas de interpretación para calificar a las sociedades como civiles o mercantiles, son las siguientes:

6.1 Las sociedades son civiles o comerciales: Son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio; las demás son civiles³⁷.

6.2 Las sociedades comerciales se rigen por el Código de Comercio; las Civiles por Código Civil, pero podrá estipularse que aún las civiles se rijan por las reglas comerciales³⁸.

6.3 Las sociedades que se formen al mismo tiempo para negocios que sean de comercio y para otros que no lo sean, se tendrán como

³⁴ Art. 19.2-21 CC

³⁵ Arts. 1-6-20 CC

³⁶ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.*, T.I. Pág. 224, 225

³⁷ Art. 3191 C

³⁸ Art. 3192 C

civiles, a no ser que las partes hayan declarado que quieran sujetarlas a las reglas de las mercantiles³⁹.

7. Distinción entre sociedades de personas y de capital

En las sociedades de capitales, los socios no responden por las deudas sociales, sino con el capital aportado a la sociedad, es decir, las características personales son irrelevantes a los efectos de la organización social, que adquiere una autonomía más amplia. Se llega a una separación patrimonial, entre el patrimonio social y el de los socios. Ejemplo: Sociedades Anónimas, Sociedad en Comandita por acciones de acuerdo a la legislación española y mexicana son sociedades de capital además de las anteriores, la sociedad de Responsabilidad Limitada⁴⁰; porque en ellas lo relevante de los socios es, por regla general, que aporten los medios financieros necesarios para constituir el capital y contribuir al desarrollo del objeto social⁴¹.

En las sociedades personales, el elemento "*persona*", es una característica personal de los socios que la constituyen. Son sociedades de personas, en principio, la colectiva y la en comandita simple, en las que el nombre de los socios colectivos sirve para la formación de su razón social. Además, los propios socios, o al menos, una parte de ellos- llamados socios colectivos- son los que, en general, llevan directamente la gestión social y responden personalmente al pago de las deudas sociales cuando el patrimonio social sea insuficiente⁴².

8. Tipos de sociedades

El Código de Comercio originalmente reconoció en el artículo 118 cinco formas de sociedades mercantiles:

8.1 Sociedad en Nombre Colectivo (133 C.C.)

8.2 Sociedad en Comandita Simple (192 C.C.)

8.3 Sociedad Anónima (201 C.C.)

³⁹ Art. 3194 C

⁴⁰ Ley 2/1995 del 23 de Marzo. España/ Ley General de Sociedades Mercantiles de México del 4 de agosto de 1934. artos 58 y sig.

⁴¹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.* T.I. pág. 484

⁴² *Ibid*, Pág. 486

8.4 Sociedad en Comandita por Acciones (287 C.C.)

8.5 Sociedad Cooperativa; derogada por la ley General de Cooperativas del 6 de julio de 1971. (Posteriormente según Decreto No. 826 de 17 de septiembre de 1981, publicado en La Gaceta No. 222 de 2 de octubre de 1981, se dictó una Ley de Cooperativas Agropecuarias)

La Sociedad Colectiva: Es la sociedad mercantil, que se caracteriza porque los socios, que intervienen directamente en la gestión social, responden personalmente de las deudas sociales, su responsabilidad es ilimitada y solidaria, si bien de segundo grado en relación a la sociedad. Como una subespecie de la sociedad colectiva encontramos a la sociedad colectiva de responsabilidad limitada, ésta limita la responsabilidad de los socios al añadir a la razón social la palabra (*limitada*).

La sociedad Comanditaria Simple: Es aquella que celebra una o varias personas ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con una o varias que no son responsables de las deudas y pérdidas de la sociedad, sino hasta la concurrencia del capital que se comprometan a introducir a ella. Los primeros se denominan gestores y los segundos comanditarios.

Tienen unos socios colectivos que responden de igual manera que los socios en la sociedad colectiva y otros comanditarios que no intervienen en la gestión social y no responden con más de lo que se comprometieron aportar a la sociedad.

La Sociedad Anónima: Es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivas acciones, administrada por mandatarios revocables, y conocida por la designación del objeto de la empresa.

La Sociedad en Comandita por Acciones: Es la que celebran uno o varios socios gestores ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con accionistas comanditarios cuya responsabilidad está limitada al importe de sus acciones.

Es una sociedad de capitales diversa a la sociedad en comandita simple, pues su régimen es muy similar a la sociedad anónima. Su particularidad radica en que uno o varios accionistas tendrán la consideración de socios colectivos y, como tales, estarán encargados de la administración de la sociedad y responderán de las deudas sociales.

9. Otros tipos de sociedades no regulados en nuestra legislación

La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, pues sólo serán cesibles en los casos y con los requisitos establecidos en la ley⁴³.

Sociedades Unipersonales: El art. 125 de la Ley de 23 de Marzo de 1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada-España, establece que se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica; b) Las constituidas por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal. Resulta así que, el dato identificador de la unipersonalidad es la concentración de la titularidad de todas las participaciones sociales (o acciones) en una sola mano, siendo indiferente que la misma se produzca en el momento fundacional durante la vida de la sociedad⁴⁴.

Sociedades cooperativas: Es una sociedad constituida por personas que se asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático conforme a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la ley⁴⁵ (Ley 27/1999 de España).

⁴³ Art. 58 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México (LGSM). Art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España.

⁴⁴ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 1226

⁴⁵ *Ibid*, Pág. 1282

Sociedades de Garantías Recíprocas: Constituyen un tipo social de creación relativamente reciente. Surgieron hace uno años en el Derecho Francés, con la denominación de sociedades de garantías mutuas y fueron introducidas en el Derecho Español. Son sociedades integradas por pequeños y medianos empresarios (individuales o sociales), que se asocian para buscar mayores posibilidades de financiación a través de las garantías o avales prestados a sus socios por la propia sociedad, quien además les asesora sobre las formas más adecuadas de financiación para sus operaciones. La función económica desarrollada por estas sociedades se conecta por un sistema de refinanciamiento de las mismas caracterizado por la participación de la administración pública, cuya finalidad es reforzar la solvencia de las sociedades de garantías recíproca a través de la figura de la sociedad de refinanciamiento. El régimen de responsabilidad de sus socios por las deudas sociales se rige por normas análogas a las sociedades anónimas⁴⁶.

Sociedades Laborales: Podrán obtener la calificación de sociedades laborales, cuando concurren los requisitos exigidos por la propia ley, la sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa y cuya relación laboral sea por tiempo indefinido, se exigen también una relación de equilibrio en la dedicación al trabajo en la empresa social entre los trabajadores que lo sean por tiempo indefinido que no sean socios y aquellos otros que sí lo sean⁴⁷. (Ley 4 / 1997 de España).

10. Sociedades atípicas y evolución hacia nuevos tipos sociales

De un mismo tipo social aparecen subespecies o subtipos, que dan lugar a modalidades muy diversas. Así nos encontramos con sociedades anónimas cerradas de pocos socios, con cláusulas fuertemente limitativas para la transmisibilidad de las acciones; también con sociedades abiertas, sin tales cláusulas, con un número más elevados de socios y con grandes sociedades cuyas acciones se cotizan en Bolsa, dando lugar a las llamadas sociedades cotizadas o

⁴⁶ *Ibid*, P. 1303

⁴⁷ *Ibid*, P. 1314

bursátiles. También en este tipo social encontramos subtipos diversos según el tamaño de la empresa –pequeña, mediana o grande– de la que sea titular. También se habla de sociedades especiales, en cuanto que el régimen general de la sociedad aplicable a determinados tipo se ve alterado de acuerdo con el objeto o actividad económica a que va dedicarse la sociedad⁴⁸.

11. Formalidades de constitución de sociedades mercantiles en general

Recordemos que los elementos contractuales del contrato de sociedad son: consentimiento, objeto, causa y forma, ahora en este capítulo estudiaremos la forma, como elemento de auténtico alcance e importancia esencial en el Derecho Societario.

11.1 Escritura Pública

Los doctrinarios discuten si la escritura pública es exigida como un requisito esencial, necesario para el perfeccionamiento del contrato de sociedad, es decir, si nos encontramos ante una exigencia *ad solemnitatem* o si es un simple presupuesto necesario para el acceso al Registro. Según la doctrina mayoritaria se inclinan, por la segunda tesis, al referirse a las sociedades mercantiles con carácter general⁴⁹.

Nuestra legislación mercantil, por su parte en el art. 121 CC, establece que todo contrato de sociedad debe constar en escritura pública, el que se estipule de otra forma no producirá efectos legales.

El Código Civil, en materia de sociedades, establece que el contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto o capital exceda de ocho córdobas; y aunque no exceda de esta suma se otorgará la escritura pública, cuando se aportan a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales⁵⁰.

⁴⁸ García Rendón, *Manuel. Sociedades Mercantiles*. Harla. México. D.F, 1993. Pág. 151; Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit*, pág. 229

⁴⁹ Cfr García Rendón, *Op. Cit*, Pág. 113

⁵⁰ Art. 3182 C

Las sociedades mercantiles deben ser constituidas en escritura pública otorgadas por un Notario Público. Éstos son los facultados que intervienen en la redacción de la escritura de sociedad mercantil. Los requisitos que debe tener la escritura constitutiva dependen del tipo de sociedad mercantil a constituirse⁵¹.

11.2 Inscripción en el Registro Mercantil

Recordemos que el artículo 19 CC establece la obligación de inscribir en el Registro Mercantil a las sociedades mercantiles con el fin de crear un ente con personalidad jurídica.

La falta de inscripción puede deberse a dos situaciones diversas:

La primera de ellas se refiere a las sociedades que se encuentren en formación y que constituida en escritura pública, han iniciado sus operaciones sociales antes de la inscripción; la cual, da lugar al régimen de la sociedad en formación. Las sociedades de este tipo tienen una cierta personificación, forma su patrimonio y responden bajo el régimen legal de su actuación, pero sólo con la inscripción de la escritura adquieren la personalidad jurídica⁵². En este primer caso hace depender la validez de los actos y contratos concluidos por la sociedad con el cumplimiento de los requisitos de constitución en escritura pública e inscripción en el Registro⁵³.

La segunda, trata de sociedades que de forma expresa o tácita los socios han manifestado su voluntad de no inscribirla en el Registro Mercantil. Es llamada sociedad irregular, y no puede ampararse en los efectos que produce la inscripción, derivados de los principios de legitimación, buena fe, prioridad, etc⁵⁴. Una sociedad no inscrita no podrá inscribir ningún acto o contrato relativo a ella⁵⁵.

⁵¹ Arts. 123-124 CC

⁵² Fernández de la Gándara, Luis, *Derecho de Sociedades Anónimas*, T1, de Alberto Alonso Uredba y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 616; Fernández de la Gándara, Luis, de Rodríguez Arteaga, Fernando y otros, *Revista "Jurisprudencia-Comentarios"*, Arnazandi, Cataluña, 1994, pág. 267

⁵³ Arts. 13-121 CC

⁵⁴ Cfr Fernández de la Gándara y otros, *Op. Cit.*, pág. 268

⁵⁵ Art. 19.1 CC

Recordemos que el Código de Comercio establece que la inscripción es obligatoria y preceptúa que en el caso de que no se presente la escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, en el plazo de quince días siguientes a la fecha de su otorgamiento, será sancionado con una multa exigible ejecutivamente⁵⁶.

12. Sociedades irregulares

Según Ignacio Logendio⁵⁷, la falta de algunos de los requisitos exigidos para la regularidad de la sociedad, escritura pública e inscripción en el Registro, hace que se califique como irregular.

Para Sánchez Calero y Luis Fernández de la Gándara⁵⁸, califica como la sociedad irregular aquella que siendo su objeto mercantil, no ha cumplido los procedimientos para su constitución. Se presume que ha existido un contrato de sociedad entre los socios, celebrado de forma oral o escrita, en documento privado o público. El rasgo característico que la identifica como sociedad irregular, es que los socios no han inscrito el contrato en el Registro Mercantil, para lo que se exige, como requisito previo la escritura pública. De manera tal, que los socios no han completado el proceso fundacional en el tiempo y forma que la ley ha previsto⁵⁹. En esto consiste, en definitiva, su "irregularidad". Pero las sociedades irregulares requieren, además, que de alguna forma manifiesten su existencia a los terceros, ya que en este caso estaríamos ante un supuesto de sociedad oculta o cuenta en participación⁶⁰.

Quedan fuera de las sociedades irregulares las sociedades internas y las ocultas, tampoco se incluye las sociedades de hecho, si se entiende por tales, las que están afectadas por vicios de nulidad⁶¹.

La sociedad irregular, es una sociedad que aparece al exterior como válida, siempre que el contrato cumpla con los requisitos esenciales de derecho; ésta produce su eficacia en las relaciones internas con el nacimiento de las obligaciones de los socios, es decir, que los socios pueden exigirse mutuamente lo pactado con tal

⁵⁶ Art. 21 CC

⁵⁷ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 179

⁵⁸ Cfr Calero Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 238; Fernández de la Gándara y otros, *Op. Cit.*, pág. 620

⁵⁹ Art. 21 CC

⁶⁰ Art. 329 CC

⁶¹ Cfr Fernández de la Gándara y otros, *Op. Cit.*, pág. 621

que el contrato se haya celebrado con los requisitos esenciales del derecho. Así tenemos, entonces que la sociedad debe regirse por los pactos establecidos por las partes y según la doctrina y criterios jurisprudenciales por las normas de la sociedad colectiva, que viene de esta forma a cumplir su función tradicional de sociedad mercantil general⁶².

El problema que se presenta en las relaciones externas, es decir, las relaciones con terceros, es que éste tipo de sociedad no adquiere personalidad jurídica, lo que dificulta determinar el régimen aplicable a los negocios concluidos en nombre de la sociedad; es decir, cabe preguntarse, si son válidos los contratos celebrados en nombre de la sociedad por sus administradores con los terceros y qué tipo de responsabilidad tienen los socios. La doctrina responde éstas preguntas afirmando que la responsabilidad es personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas de la sociedad. Por su parte nuestra legislación mercantil sigue ese mismo criterio en los arts. 126 y 128 CC.

- La falta de la escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad. Responderán solidariamente a los terceros los socios que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad⁶³.
- Se presume para el efecto de la responsabilidad hacia tercero, que existe o ha existido sociedad, siempre que alguien ejecuta actos propios de la sociedad y que regularmente no hay costumbre de practicar sin que la sociedad exista⁶⁴. De esa manera son especialmente:
 - Negociación promiscua y común;
 - Enajenación, adquisición o pago hecho en común;
 - Si uno de los asociados se declara socio y los otros no lo contradicen de un modo público;
 - Si dos o más personas proponen un administrador o gerente común;
 - El uso del pronombre "nosotros o nuestra" en la correspondencia, libros, facturas, cuentas u otros papeles comerciales;

⁶² Cfr. Fernández de la Gándara y otros, *Op. Cit.*, pág. 639; Calero Sánchez, *Op. Cti.*, Pág. 240

⁶³ Art. 126 CC

⁶⁴ Art. 128 CC

- El hecho de recibir o responder cartas a nombre o firma social;
- El uso del nombre con el aditivo "y compañía";
- La disolución de la sociedad en forma de sociedad;
- La responsabilidad de los socios ocultos es personal y solidaria en la forma establecida en el art. 126 CC.

La jurisprudencia extranjera, se ha orientado en el sentido de fundar esa responsabilidad solidaria de los socios de las sociedades irregulares mediante la aplicación del régimen de la sociedad colectiva⁶⁵.

De esta aplicación de las normas colectivas a la sociedad irregular concluimos que la sociedad adquiere una cierta personificación jurídica, aunque la jurisprudencia extranjera ha venido negando la personalidad jurídica de las sociedades irregulares⁶⁶.

La sociedad irregular, aunque carezca de personalidad jurídica, existe como un ente, lo que debe permitir que los terceros cuenten con la garantía del patrimonio común⁶⁷.

13. La nulidad de la sociedad

La nulidad puede presentarse por un vicio en el proceso de constitución. Este aspecto adquiere relevancia cuando la sociedad actúa como si no estuviera viciada, obteniendo incluso la inscripción ante el Registro Mercantil, que como es sabido, no produce efectos sanatorios⁶⁸.

El Código de Comercio, apunta que si el contrato de sociedad no consta en escritura pública, entonces no producirá ningún efecto legal. También indica que la omisión de algunos de los requisitos establecidos en los artículos 123 y 124 CC, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a petición de cualquiera de los socios⁶⁹.

Esta situación de nulidad y la necesidad de admitir la realidad de que la sociedad afectada por un vicio funciona y se relaciona con terceros cuyos intereses requieren protección, provoca que se desarrolle la doctrina de la sociedad de hecho, que nace en Francia,

⁶⁵ Cfr Fernández de la Gándara y otros, *Op. Cit.*, pág. 272

⁶⁶ *Id*

⁶⁷ Arts. 3197-3198 C

⁶⁸ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 180

⁶⁹ Arts. 121 segundo párrafo-125 CC

dicha teoría es reconocida en Alemania e Italia y también se reconoce en nuestro país, por cuanto brinda soluciones adecuadas a las relaciones externas e internas. La doctrina propone considerar a la sociedad viciada, como si no lo hubiera estado, aplicándoles las normas correspondientes al tipo social de que se trate y que la consecuencia sea la disolución de la sociedad con la apertura del proceso de liquidación⁷⁰. Si la nulidad se declarase estando aún pendiente la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del *cuasi-contrato* de comunidad⁷¹.

La falta de escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad. Responderán solidariamente a los terceros los socios que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho⁷².

A las sociedades de hecho también son aplicables las siguientes disposiciones del Código Civil:

- Cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse, por falta de instrumento o por cualquiera otra causa, los socios que hubieren estado en comunidad de bienes o de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad de hecho, para pedir la restitución de lo que hubieren aportado a la sociedad, la liquidación de las operaciones realizadas en común, la partición de las ganancias y de todo lo adquirido en común sin que los demandados puedan oponer la nulidad o no existencia de la sociedad⁷³.
- Podrán todos o cualquiera de los socios demandar a terceros las obligaciones que con la sociedad hubieren contratado, sin que estos terceros puedan alegar que la sociedad no ha existido. Los terceros podrán alegar contra todos y cualquiera de los socios la existencia de la sociedad, sin que los socios les puedan oponer la no existencia de ella⁷⁴.
- En los casos en que se faculta alegar la existencia de la sociedad, puede ella probarse por los hechos de donde resulte su existencia, aunque se trate de valor excedente a la tasa de la ley, tales son: 1º Cartas firmadas por los socios y escritas en el interés común de ellos. 2º Circulares publicadas en nombre de la sociedad.

⁷⁰ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cti*, T. I pág. 181

⁷¹ Arts. 127 CC, 3196-2506 al 2508 C

⁷² Art. 126 CC

⁷³ Art. 3196 C

⁷⁴ Art. 3197 C

3º Cualquier documento que los firmantes hubieren tomado las calidades de socios. 4º Las sentencias pronunciadas entre los socios en calidad de tales⁷⁵.

- La sentencia pronunciada declarando la existencia de la sociedad en favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad⁷⁶.

A continuación, estudiaremos los motivos que afectan la eficacia del contrato de sociedad, como a cualquier otro contrato, que deben de enmarcarse en los supuestos de nulidad absoluta o relativa:

Ilícitud de las aportaciones: Esto equivale a la ilicitud del objeto regulada en los artículos 2473 al 2478 C; es decir equivale a la nulidad absoluta⁷⁷. Las aportaciones ilícitas pueden ser una o varias, si son varias, la validez del contrato puede mantenerse, en tanto queden otras aportaciones válidas o el número mínimo que se requiera para ciertas clases de acciones, sin perjuicio de que la exclusión de uno o de varios socios pueda ser considerada como motivo de disolución de la sociedad⁷⁸.

Ilícitud de la causa: Cuando el motivo por el cual se constituye es ilícito, entonces afecta la existencia de la sociedad; por lo tanto, si la causa es nula, se procederá a su inmediata liquidación⁷⁹ a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquier persona, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que diere lugar. La liquidación se limitará a la realización del acto social, para pagar las deudas de la sociedad y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil. La ilicitud del objeto equivale a la ilicitud de la causa. La acción de nulidad en este caso es pública⁸⁰.

Ilícitud de cláusulas aisladas: Se trata de la ilicitud de ciertas cláusulas del contrato, el problema se centra en que la nulidad de una cláusula provoca la nulidad de todo el contrato. La doctrina

⁷⁵ Art. 3198 C

⁷⁶ Art. 3199 C

⁷⁷ Art. 2201.1,2 C-123.4-124.7 C

⁷⁸ Cfr Rodríguez, Joaquín, T. I, *Op. Cti*, Pág. 126

⁷⁹ Por inmediata que sea la liquidación, no podrá practicarse hasta que exista una sentencia firme.

⁸⁰ Cfr Rodríguez, Joaquín. T. I, *Op. Cit*, pág. 117

apunta varias soluciones, algunos autores se inclinan por la nulidad total del contrato, si las cláusulas en cuestión debían considerarse como esencial. Otros aplican la teoría de los negocios jurídicos y consideran que el contrato será válido si se hubiese celebrado a pesar de no existir las cláusulas ilícitas y por el contrario, estiman nulo el contrato, sino se hubiera efectuado al faltar dichas cláusulas. Otros son de la opinión que la nulidad de las cláusulas no afecta el contrato en su totalidad y por último, otros opinan que debe quedar firme el contrato sustituyéndose las cláusulas ilícitas por las normas legales inderogable afectadas por las cláusulas en cuestión⁸¹.

En materia de sociedad, nuestro derecho regula el sistema de nulidad absoluta en los artículos: 3187 C, 123.4, 124.7 CC. El art. 3187 se refieren a la nulidad de la sociedad cuando se estipulen provechos exclusivamente sólo para uno de las partes y las pérdidas para los otros. Los artículos 3181, 3229 C, 123.4, 124.7 CC se refieren a la nulidad del contrato social cuando las aportaciones sociales consistiendo éstos en bienes, no se hiciere una relación circunstanciada en la escritura.

La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella y debe, cuando conste en autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso menor que el que se exige para la prescripción ordinaria⁸².

La nulidad relativa, es relativa cuando no reúne todas las características enumeradas en el Código Civil para establecer la nulidad absoluta, por ejemplo: Falta de forma y en los de error, dolo, violencia, lesión e incapacidad de cualquiera de los contratantes⁸³. La nulidad relativa no puede declararse de oficio, ni alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes; y puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados y por un lapso que no sea menor de cuatro años⁸⁴. Son aplicables el resto de disposiciones del Código Civil relativos a la nulidad relativa.

⁸¹ *Ibid*, pág. 128

⁸² Art. 2204 C

⁸³ Art. 2202 C

⁸⁴ Art. 2205 C

14. La personalidad jurídica

De acuerdo al autor Cándido Paz-Ares⁸⁵, la personalidad jurídica de la sociedad surge en el mismo momento en que se celebra el contrato de sociedad. En este sentido debe interpretarse el artículo 3226 del Código Civil Nicaragüense, el cual indica que la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato. De acuerdo al tenor literal del artículo 3185 del mismo código no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Las disposiciones antes señaladas han propiciado otra interpretación, en la doctrina, que ha llegado a prevalecer entre la doctrina más extendida, de conformidad con la cual la personalidad jurídica no surge de la celebración del contrato, sino de la publicación de la sociedad en el tráfico. Así es, en efecto, como se ha consagrado el dogma de que la personalidad requiere publicidad. En la opinión de Paz- Ares, sin embargo, un planteamiento de esta naturaleza no está en absoluto justificado.

Según nuestro sistema comercial, si se cumplen los requisitos formales, es decir, escritura pública e inscripción en el Registro, entonces a las sociedades se les reconoce la personalidad jurídica, como consecuencia, nos encontramos con una persona distinta de los socios⁸⁶. Recordemos que el Código de Comercio establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil, de lo contrario no gozarán de personalidad jurídica y de algunos privilegios establecidos en la ley⁸⁷.

15. Consecuencias de la personalidad jurídica

15.1 Produce una separación entre la sociedad y el socio. El socio queda sometido a un régimen determinado⁸⁸.

15.2 La sociedad adquiere la condición de empresa, es sujeto de derechos y obligaciones⁸⁹.

⁸⁵ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cti*, pág. 446

⁸⁶ Art. 119 CC

⁸⁷ Arts. 19-204 CC

⁸⁸ Art. 119 CC

⁸⁹ Art. 118-123.1-124.1 CC

15.3 Tiene su propio nombre, domicilio, nacionalidad⁹⁰.

15.4 Goza de un patrimonio con el que responde a las deudas⁹¹.

De acuerdo a lo que a veces sucede en la realidad, es que se constituye una persona jurídica para limitar la responsabilidad y ocultar personas, patrimonios, es decir, se da una disociación, entre la apariencia y la realidad. Por esta razón, la tendencia de la jurisprudencia es "*levantar el velo*" de las personas jurídicas para descubrir la realidad que se manifiesta, por ejemplo, en materia de grupos sociales o de actuaciones a través de testaferros⁹².

16. Denominación social⁹³

Para Fernando Sánchez Calero⁹⁴, el nombre de la sociedad o denominación social cumple la función de distinguir a la sociedad como persona jurídica de las demás; de manera que cumple con la función identificadora. El nombre de la sociedad está constituido por un conjunto de palabras con las que, con eficacia jurídica, se identifica, individualiza y designa a cada persona. Constituye parte de la tutela jurídica que da el ordenamiento, puesto que va dirigida al cuidado del interés propio de esa persona y al interés de los terceros en general, por eso es de interés público la determinación del nombre de la persona jurídica.

La denominación, es por consiguiente, el nombre de la persona jurídica que servirá para identificarla frente a terceros. Esta función identificadora exige que sea única; formada por palabras y expresiones numéricas, pero no puede formar parte de la misma las siglas o denominaciones abreviadas, salvo las que sirven para determinar la forma o tipo social de que se trate (S.A para la sociedad Anónima). No se podrá inscribir en el Registro Mercantil sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren en el Registro Mercantil.

⁹⁰ Arts. 34-40-41-10-130 CC

⁹¹ Arts. 123-124 CC

⁹² Cfr *De la Cámara, M, Op. Cit*, Pág 165 y ss.

⁹³ Arts. 124.2, 129,134, 135, 136, 137.2, 139, 130, 193, 194, 289, 290, 330 CC

⁹⁴ Cfr Sánchez Calero. *Op. Cti*, págs. 247, 248, 249

Se distingue entre denominaciones subjetivas o razón social formada normalmente por nombres de los socios y denominaciones objetivas formadas normalmente por referencias o actividades económicas. Las primeras corresponden a las sociedades personalistas, mientras que las sociedades capitalistas, pueden tener denominaciones subjetivas u objetivas. Las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pueden tener una denominación objetiva o una denominación subjetiva⁹⁵.

La persona que presta su nombre, como socio, o tolera o permite poner o continuar su nombre en la razón social, aunque no tenga parte en las ganancias de la sociedad, será responsable por todas las obligaciones de la sociedad que fuesen contraídas bajo la firma⁹⁶, salvo su acción contra los socios y sin responder éstos por las pérdidas y daños⁹⁷.

No es admisible que dos sociedades de distinta naturaleza tengan la misma denominación. Es decir, la razón social o la denominación de cada sociedad, deberá ser claramente distinta de cualquier otra, constituye una propiedad suya, y no puede ser adoptada por ninguna otra ⁹⁸.

En casos de liquidación, la denominación de la sociedad irá siempre seguida de las palabras "en liquidación"⁹⁹.

Manuel García¹⁰⁰, apunta que la denominación social y nombre comercial son dos cosas diferentes, la razón o denominación social constituye el nombre de la persona moral; en cambio el nombre comercial, es el signo distintivo del o los establecimientos que explota una persona moral.

⁹⁵ Cfr Paz-Ares, Cándido, *Op. Cit.*, pág. 529 y ss

⁹⁶ De acuerdo a las glosas de Aníbal Solórzano, pág. 104, señala que no hay necesidad de ejercer la acción contra la sociedad. Basta con dirigir la acción contra la persona que aparece en la razón social. Los nombres de la razón social, indican las personas responsables por la sociedad y aunque si bien es cierto que también lo son, aquellos socios que no figuren en ella, como sólo los socios son los únicos que pueden figurar en la razón social, el hecho de aparecer en ella, constituye responsabilidad para el que preste, tolere o permita su nombre. Esto sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 137.2 CC

⁹⁷ Art. 129 CC

⁹⁸ Art. 130 CC

⁹⁹ Art. 286.3 CC

¹⁰⁰ Cfr García, Manuel, *Op. Cti.*, Pág. 73, 73

El nombre comercial está regulado en la Ley No. 380 "*Ley de Marcas y otros signos distintivos*" del 26 de Marzo del año 2001, definiéndolo como el signo denominativo y distintivo que identifica a una empresa o a un establecimiento. Los artículos del 60 al 65 de la misma ley se refieren a la forma de adquisición del derecho de usar el nombre comercial, inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual y la transferencia del nombre comercial.

17. Domicilio de la sociedad¹⁰¹

El domicilio constituye un elemento importante de la sociedad, porque cumple una función identificadora de la persona jurídica, mediante su localización en un determinado lugar, por lo que se vincula el domicilio con el de nacionalidad.

El Código Civil establece las reglas particulares del domicilio social de la siguiente manera:

17.1 El domicilio de las corporaciones, asociaciones, establecimientos bancarios y demás reconocidos por la ley, es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales, con tal que el domicilio que en ellos se determine, esté dentro de la demarcación territorial sujeta al Código Civil. El domicilio de las agencias o sucursales de compañías o instituciones extranjeras, respecto de las negociaciones verificadas en Nicaragua, será el nicaragüense; y se reputarán como sus representantes legales, los apoderados o agentes constituidos en la República¹⁰².

17.2 El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizados por la ley, es el lugar donde está situada su dirección o administración, en los términos del art. 34 C; pero las compañías, asociaciones y demás instituciones que tengan establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos o sucursales, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad¹⁰³.

17.3 Los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales o extranjeros, estén presentes o ausentes, pueden ser

¹⁰¹ Arts. 123.5-124.2 CC; 282 Pr

¹⁰² Art. 34 C

¹⁰³ Art. 40 C

demandados ante los tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en otro país¹⁰⁴.

En el caso de las compañías anónimas y el de las sucursales que funden, puede cambiarse de domicilio avisando al público, con quince días de anticipación, y practicando la inscripción en el nuevo domicilio¹⁰⁵.

18. La nacionalidad¹⁰⁶

Según Cándido Paz-Ares¹⁰⁷, la nacionalidad de las personas jurídicas tiene equivalencia en la nacionalidad de las personas físicas; pero el de las personas físicas no es así. En relación a las personas físicas, la nacionalidad es la expresión jurídica de la integración de un individuo en una comunidad nacional y precisamente por ello se atribuye en virtud de vínculos de integración reales: *ius sanguinis e ius solí*. De ahí que nacionalidad sea un atributo ligado a la personalidad del individuo, parte sustancial de su Estado Civil y criterio determinante del reconocimiento de sus derechos políticos. La significación que tiene la nacionalidad en el ámbito de las personas jurídicas es, sin embargo, muy diferente, puesto que no expresa necesariamente la conexión de un grupo de personas con una comunidad nacional, sino que actúa simplemente como mecanismo de selección de las normas aplicables al contrato de sociedad, tanto en su dimensión obligatoria como en su dimensión organizativa. La función de la nacionalidad no es otra, en efecto, que la de seleccionar la llamada *lex societatis*, la ley estatal que rige "la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción" de la sociedad. La nacionalidad es, en una palabra, el criterio de selección de la legislación societaria a que va a quedar sometida la sociedad. Siendo ello así, ha de afirmarse que los criterios de atribución de la nacionalidad son, en rigor, criterios de determinación de la ley aplicable. No les falta razón, por ello, a quienes piensan que la nacionalidad de las personas jurídicas es un rodeo inútil.

En conclusión, la determinación de la nacionalidad es importante para reconocer la ley aplicable en relación a la capacidad, constitución,

¹⁰⁴ Art. 41 C

¹⁰⁵ Art. 208 CC

¹⁰⁶ Art. 13 c)-123-124 CC

¹⁰⁷ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 535

representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

18.1. Criterios de atribución de nacionalidad de las sociedades

El autor Argentino Le Pera resume en cuatro sistemas los distintos criterios de aplicación para atribuir la nacionalidad a las sociedades¹⁰⁸.

18.1.1 Sistema de la autonomía de la voluntad

Este sistema fue difundido en Europa y todavía sigue vigente, sostiene que la nacionalidad es la que los socios le atribuyen en el acto constitutivo. Se fundamentan en que las partes pueden elegir la ley internacional que rige el contrato, en tanto no se vulneran principios de orden jurídico de otros países. Esta tesis es reconocida en el Código de Bustamante.

18.1.2 El sistema de la incorporación

El lugar en que una sociedad se ha constituido es el que determina su nacionalidad. Este sistema es aplicado en el Reino Unido y en Estados Unidos. Para el autor que citamos resulta paradójico que en materia societaria adoptarán el criterio del lugar de constitución, en vez del lugar de la sede¹⁰⁹.

18.1.3 El sistema francés del lugar de la sede social

La nacionalidad queda fijada no en función del lugar de constitución, sino en función de la "sede social" o *siège*. Le Pera, comenta que a quienes siguen este punto, la gran dificultad ha sido la vaguedad del concepto de sede social o *siège*. Que en principio se aplicó como criterio definitorio el de centro principal de explotación, como determinante de la *siège*. Más tarde la jurisprudencia francesa de 1890 tomó en cuenta elementos más difusos, como "*lugar de reunión de la asamblea, lugar de funcionamiento del directorio, lugar donde estuvieran instaladas las oficinas administrativas, lugar de localización*

¹⁰⁸ Le pera, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 185 y ss.

¹⁰⁹ Cfr Le Pera, *Op. Cit.*, Pág. 187

*del cerebro de la sociedad, etc; asociados o contrapuestos al de centro principal de explotación". Posteriormente la jurisprudencia de 1941 señaló que si los órganos de la sociedad y los otros datos relevantes para la determinación de la *siège* no estaban concentrados en una única jurisdicción, sino dispersos en varios países, la *siège* se localizaba en el "lugar de donde se ejerce la dirección superior y el control de la sociedad".*

Este criterio francés de la *siège* se expandió por el continente europeo, siendo adoptado por los países que integraron la comunidad europea, hasta 1978, con excepción de Holanda.

18.1.4 La doctrina del "control"

Para esta doctrina, lo que interesaba no era saber quiénes eran los tenedores de sus acciones, sino fundamentalmente a quiénes respondían esos tenedores, esto es, qué grupo accionario era el que realmente gobernaba, el que imponía su voluntad, de donde emanaban las "directivas" a la empresas, de dónde provenían sus "recursos" o su "asistencia técnica"; es decir, en última instancia quién controlaba, a la empresa, quién tenía el poder de imponerles la dirección política empresarial a seguir. Esta tesis de control del poder económico-jurídico de la empresa aparecía como la única que podía resolver con acierto los problemas sobre la dirección de la política económica de los países en vías de desarrollo; y era precisamente, la tesis que habían aplicado las grandes potencias cuando, fundadas en razones de seguridad, tuvieron que utilizar un criterio discriminatorio. Fue también, como vemos, una doctrina política.

En conclusión, la doctrina de la "incorporación" afirma que existe tal sociedad en tanto se hayan cumplido las formalidades y requisitos del lugar de constitución; mientras que la doctrina de la "*siège*" dirá que se deberá tener en cuenta, para saber si hay sociedad, la ley del país dónde la sociedad actúa o tiene el principal centro de explotación; y la doctrina del control aplicará la ley de la nacionalidad de los socios o de los administradores sociales.

18.2 Consecuencias de la atribución de nacionalidad

18.2.1 El Reconocimiento de la sociedad constituida en el extranjero

La Convención de la Haya de 1956 sobre "Reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones", se adoptó el principio de la personalidad jurídica de una sociedad (asociación o fundación) es reconocida de pleno derecho siempre que se hayan cumplido las formalidades y publicaciones del país de constitución y, además, esté en ese país la sede estatutaria "no la *siège* real" de la sociedad. Le Pera, expresa que un Estado puede rehusar el reconocimiento si su legislación otorga preponderancia a la *siège* real y la sociedad tiene su sede real en dicho Estado o en un tercer Estado que también otorga relevancia a la sede real¹¹⁰. Producido ese reconocimiento la sociedad tiene aptitud, es decir, capacidad, para celebrar contratos y otros actos.

La Convención de Bruselas de 1968 en el marco de la Comunidad Económica Europea, se adoptó la tesis del reconocimiento de aquellas sociedades civiles o comerciales y empresas del Estado con fines económicos constituida en el territorio de alguno de los países contratantes, siempre que si *siège* estatutaria no la real estuviere en el territorio de ese o algún otro de los Estados contratantes.

18.2.2 La Habilitación para actuar

Depende de la actuación de la sociedad, es decir, una actuación aislada o permanente, que implica el establecimiento de una sucursal o agencia. En el caso de los actos aislados, debe entenderse por lo general como la capacidad que tiene la empresa para celebrar contratos, estar en juicios y poseer bienes, y se considerará consecuencia del "reconocimiento" de la sociedad según surge de la Convención de la Haya, antes referida. En cambio, apunta Le Pera, los requisitos para realizar una actuación permanente, sean mediante una agencia o una sucursal, guarda menos relación con el tema de la nacionalidad de la sociedad. En tales casos la ley local se limita a establecer qué sociedades están sujetas a un régimen especial. Por ejemplo: La legislación italiana, belga y holandesa, existe la libertad para establecer sucursales o agencias, sin otros requisitos que los

¹¹⁰ Cfr Le Pera, *Op. Cit.* Pág. 193

de la inscripción en el Registro de Sociedades y la publicidad de los estatutos, balances, mandatos y autoridades.

18.2.3 La ley aplicable

Se refiere a la *lex societatis*, es decir, qué ley aplicamos para regir las relaciones internas entre los socios, las relaciones con los terceros y los distintos aspectos del funcionamiento de la sociedad.

18.2.4 Discriminación entre sociedades nacionales y extranjeras para el goce de los derechos civiles

Este tema estuvo estrechamente ligado al régimen económico imperante en el mundo hasta el fin de la guerra fría.

18.2.5 Protección diplomática de las sociedades

Es una extensión del principio admitido en el Derecho Internacional Público que autorizaba a prestar a los súbditos dicha protección contra los actos de un Estado extranjero.

18.3 Actuación extraterritorial de las sociedades

Significa actuar fuera del territorio nacional de donde fue constituida, se refiere a qué ley debe aplicársele en cuanto a su existencia, capacidad y forma.

Cuando la empresa no es sociedad anónima, sino que adopta otra forma jurídica, el problema es más sencillo, cuando la empresa reviste de la forma de sociedad anónima y las acciones son al portador, el problema es complejo. Desde un punto de vista de la empresa, lo que interesa no es quiénes son los tenedores de sus acciones, sino fundamentalmente a quiénes responden esos tenedores de acciones, esto es, qué grupo accionario es el que realmente gobierna, el que imponen su voluntad, de donde emanan las directivas a la empresa, de dónde provienen sus recursos, o su asistencia técnica, o sea, en última instancia, quién controla a la empresa, quién tiene el poder de imponerle la dirección política empresarial a seguir. En las actuales circunstancias que vive la humanidad de eliminación de las fronteras,

globalización de los mercados económicos y financieros, se requiere un replanteo de esta tesis.

18.4 Legislación Nicaragüense

Nuestro Código de Comercio reconoce a las sociedades constituidas en el extranjero, dicho reconocimiento implica, que si la sociedad extranjera se ha constituido válidamente conforme la ley escogida por los socios, entonces será reconocida como tal en nuestro país, por esa razón el artículo 10 y 340 del Código de Comercio establece: *"Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación"*. En relación a la validez de los contratos realizados por estas sociedades *"Las sociedades extranjeras que existen actualmente en la República, quedan sometidas a las disposiciones del Código de Comercio para la validez de sus actos futuros"*.

Tal como podemos deducir, la sociedad extranjera no sólo puede realizar en nuestro país operaciones mercantiles aisladas, sino que pueden también, como el empresario individual, montar establecimientos secundarios, sucursales, delegaciones, agencias, etc; tomar participaciones en sociedades nacionales y en general, hacer inversiones en Nicaragua.

Para que la sociedad extranjera pueda instalar agencias o sucursales en Nicaragua y gozar de los derechos otorgados en el art. 10 CC, su agente o representante debe cumplir con los requisitos señalados en el art. 337 CC:

1. Inscripción y registro de que trata el artículo 13;
2. Cuando sean por acciones, a publicar anualmente en el Diario Oficial, un balance que contenga con toda claridad su activo y pasivo, así como el nombre de las personas encargadas de su administración y dirección;
3. A mantener en el país un representante con poder generalísimo inscrito en el respectivo registro.

La falta de cumplimiento de las prescripciones anteriores, constituye personal y solidariamente responsables de todas las obligaciones contraídas en la República por la sociedad, a los que contraen a nombre de ellas¹¹¹. Estas prescripciones no son renunciables¹¹².

Si la sociedad constituida en país extranjero ejerce su actividad comercial principal en Nicaragua, siendo la mayor parte de su capital de origen nicaragüense o teniendo en la misma su dirección central y asamblea de socios, serán consideradas por la ley como sociedad nicaragüense sujetándose a las disposiciones del Código de Comercio¹¹³.

Nuestras normas comerciales no atribuyen nacionalidad a las sociedades; solamente se limitan a considerar las "Sociedades constituidas en país extranjero", estableciendo en qué medida son aplicables a esas sociedades las leyes nicaragüenses, cuando actúan dentro del territorio nacional.

En el caso de la LEY DE PROMOCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS LEY No. 344, Aprobada el 27 de Abril del 2000. Publicado en La Gaceta No. 97 del 24 de Mayo del 2000 no se refiere a la nacionalidad de la sociedad, sino del capital de ellas. Art. 2.1 *"Inversión Extranjera", es la que se realiza mediante la transferencia a Nicaragua de capital extranjero, entendiéndose como tal el proveniente del exterior con independencia de la nacionalidad o del lugar de residencia del inversionista*". Art. 3 *"El Estado de Nicaragua fomenta y promueve la inversión extranjera. El inversionista extranjero queda sujeto a todos los preceptos legales de observancia general en el territorio de la República de Nicaragua, y gozará de los mismos derechos y de los medios de ejercerlos que las leyes otorgan a los inversionistas nicaragüenses. Se exceptúan de la disposición anterior, los casos relacionados a la seguridad nacional y salud pública, así como las*

¹¹¹ BJ p. 9262 " La responsabilidad solidaria que puede sobrevenir, es eventual; para el caso de que se comprobara que no se cumplió con aquellas prescripciones; y esa responsabilidad solidaria es con respecto al otro contratante, que tratare de hacer efectiva esa responsabilidad, contra el que contrajo a nombre de la sociedad, invocándose el art. 338 CC, habría que discutirse si la responsabilidad solidaria existe realmente y justificarse por el interesado sino se cumplió con las prescripciones del art. 337 CC y no cuando la acción se dirige directamente contra la sociedad.

¹¹² Art. 338 CC

¹¹³ Art. 339 CC

limitaciones previstas en la Constitución Política. El inversionista extranjero y su inversión se regulan por lo preceptuado en ésta Ley, sin perjuicio de la aplicación de las leyes especiales aplicables a cada inversión en particular”

Según Carlos Villegas, en realidad, decir, que las sociedades no tienen nacionalidad pero el capital sí, es una forma indirecta de atribuirles nacionalidad a aquellas, pero torciendo o equivocando la correcta dirección.

En conclusión, nuestro sistema reconoce la actuación de esas sociedades constituidas en el extranjero, dentro del territorio nacional, en los siguientes casos:

- *Actos aislados*¹¹⁴: Cuando la sociedad realiza actos aislados. Aquellas sociedades constituidas en el extranjero están habilitadas para realizar en nuestro país actos aislados atinentes a su objeto social y puede inclusive estar en juicio como actora o demanda¹¹⁵;
- Ejercicio habitual: Para realizar en el país actos con habitualidad, debe establecer en el país una sucursal, o cualquier especie de representación permanente. Para ello debe cumplir lo establecido en las leyes¹¹⁶;
- Constitución de sociedad en el país. Se sujetarán al Código y en su caso a las leyes especiales del país¹¹⁷;

¹¹⁴ S. 11¾ a.m. del 15 de octubre de 1929. B. J. 7183. El requisito de la inscripción (Art. 19 C. C.) no se extiende a casas o compañías establecidas en el extranjero, quienes pueden reclamar en juicio sus derechos sin necesidad de constituir sucursal e inscribirse en el Registro Mercantil. Si bien el Art. 19 C. C. requiere la inscripción para los comerciantes y no se da curso a las demandas sin ella, tales requisitos rigen para los comerciantes y sucursales residentes en Nicaragua, pero no para las casas o compañías establecidas en el extranjero; para esta basta presentar su crédito por medio de sus gerentes o apoderados legalmente constituidos.

No habiendo ley expresa que impida a las compañías extranjeras residentes en el extranjero, el reclamar judicialmente sus créditos por nicaragüenses y siendo innecesario exigir a cada acreedor extranjero que constituya una sucursal y la haga inscribir, se reconoce la capacidad de parte de la sociedad para ejercer esos derechos por medio de su mandatario.

¹¹⁵ Arts. 10-340 CC

¹¹⁶ Art. 337 CC

¹¹⁷ Art. 10 CC

- Sociedad con sede social y la mayoría del capital social. El art. 337 dispone que las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta, o que tengan en la misma su Directorio Central y la Asamblea de socios, serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones de este Código. Solórzano explica que en esta disposición se desprende que la sociedad que no tenga su directorio central en la República y su asamblea de socios o que se constituya sin tener en la República su comercio principal y la mayor parte de sus capitales levantados en Nicaragua, se considera extranjera¹¹⁸.

A las sociedades extranjeras son aplicables las disposiciones del Código de Bustamante: art. 17-18-19-20 CB

Artículo 17.- La nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyan, y en él deben registrarse o inscribirse si exigiere ese requisito la legislación local.

Artículo 18.- Las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal.

Artículo 19.- Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y en su caso, por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal Junta o Consejo Directivo o administrativo.

Artículo 20.- El cambio de nacionalidad de las corporaciones, fundaciones, asociaciones y sociedades, salvo los casos de variación en la soberanía territorial, habrá de sujetarse a las condiciones exigidas por su ley antigua y por la nueva.

Si cambiare la soberanía territorial, en el caso de independencia, se aplicará la regla establecida en el artículo trece para las naturalizaciones colectivas.

¹¹⁸ Solórzano, Aníbal, *Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancia y Jurisprudencia*, Banco de la Vivienda, Managua, 1974 pág. 210

Artículo 21.- Las disposiciones del artículo 9 en cuanto se refieran a personas jurídicas y las de los artículos 16 y 20, no serán aplicadas en los Estados contratantes que no atribuyan nacionalidad a dichas personas jurídicas.

Reglas especiales para las sucursales de bancos constituidas en el extranjero de acuerdo a la ley No. 561

Ley No. 561, Gaceta No. 232 del 30/11/2005 "Ley General de Bancos, Instituciones Financieras, no Bancarias y Grupos Financieros":

Art. 9. Los bancos constituidos legalmente en el extranjero podrán operar en el país mediante el establecimiento de una sucursal, sin perjuicio de su participación como accionistas en bancos constituidos o que se constituyan en Nicaragua en los términos de esta Ley. Para el establecimiento en el país de una sucursal de banco extranjero, éste deberá sujetarse a esta Ley y en forma supletoria al derecho común y presentar una solicitud ante la Superintendencia por medio de un representante acreditado por instrumento público, acompañándola de los siguientes documentos:

- 1. Certificación de la escritura de constitución o acta constitutiva y estatutos del banco solicitante y de la autorización legal que ampare su constitución y funcionamiento en el país de origen, así como la constancia de vigencia de todo ello;*
- 2. Comprobación de que el Banco solicitante está autorizado legalmente para establecer sucursales en Nicaragua, de acuerdo con sus estatutos y las leyes de su país de origen, acompañada de certificación emitida por la autoridad supervisora de ese país donde conste su conformidad con la solicitud;*
- 3. Balances generales, estados de ganancias y pérdidas e informes anuales del banco solicitante, correspondientes a los últimos cinco (5) años;*
- 4. Los demás que con carácter general requiera el Consejo Directivo de la Superintendencia, la que en ningún caso podrán ser diferentes a las exigidas a los bancos nacionales, en lo que fuere aplicable.*

Todos los documentos acompañados a la solicitud deberán presentarse debidamente autenticados.

Solicitud a la Superintendencia.

Art.10 La solicitud a que se refiere el artículo que antecede será tramitada de conformidad con los artículos anteriores, en todo cuanto sea aplicable, a juicio del Superintendente de Bancos.

Autorización de establecimiento.

Art.11 Emitida la resolución de autorización de la sucursal por el Consejo Directivo de la Superintendencia, se inscribirá en el Registro Público Mercantil la constitución social y estatutos del banco extranjero, junto con la certificación de la Resolución.

Requisitos para iniciar sus actividades.

Art. 12. Para iniciar sus actividades la sucursal de un banco extranjero cuyo establecimiento hubiese sido aprobado conforme la presente Ley, deberá llenar los requisitos que se establecen en el artículo 7¹¹⁹ de esta Ley en todo lo que fuere aplicable, debiendo agregar a la solicitud a que se refiere el citado artículo, atestados de identificación, buena conducta y capacidad técnica de los administradores nombrados para la sucursal y testimonio de sus facultades y poderes, debidamente autenticados.

119 Art. 7. Ley No. 561 Para iniciar sus actividades los bancos constituidos conforme a la presente Ley, deberán tener: 1) su capital social mínimo totalmente pagado en dinero efectivo; 2) el ochenta por ciento (80%) de éste en depósito a la vista en el Banco Central; 3) testimonio de la escritura social y sus estatutos con las correspondientes razones de inscripción en el Registro Público; 4) balance general de apertura, y 5) certificación de los nombramientos de los Directores para el primer período, del Gerente o principal ejecutivo del Banco y del Auditor Interno. 6) Verificación por parte del Superintendente de que el Banco cuenta, entre otras, con las instalaciones físicas y plataforma tecnológica adecuadas, así como los contratos, seguros, manuales y reglamentos necesarios. Todo lo anterior, conforme las normas que a este efecto dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia.

Si la solicitud de autorización de funcionamiento con evidencia de cumplimiento de los requerimientos mencionados no fuere presentada dentro de ciento ochenta (180) días a partir de la notificación de la resolución que autoriza su constitución, ésta quedará sin efecto, y el monto del depósito a que se refiere el numeral 3 del artículo 4 que antecede, ingresará a favor del Fisco de la República.

Sujeción a las leyes del país. Apertura de Sucursales en el país.

Art. 13. Los bancos constituidos en el extranjero que obtengan autorización de funcionamiento de acuerdo con esta Ley, se consideran domiciliados en Nicaragua para cualquier efecto legal, en la localidad que corresponda conforme a las reglas generales, y quedarán sujetos a las leyes de la República, sin que puedan hacer uso de la vía diplomática en ningún caso relacionado con sus operaciones en el país.

Oficinas de Representación de Bancos Extranjeros.

Art. 14. Los bancos y financieras extranjeras podrán, además, establecer oficinas de representación en Nicaragua, previo registro ante la Superintendencia de Bancos.

Son oficinas de representación, aquéllas que a nombre de instituciones Financieras extranjeras colocan fondos en el país, en forma de créditos e inversiones y actúan como centros de información a sus clientes. Dichas oficinas no podrán captar recursos del público en el país. La contravención de ésta prohibición dará lugar a la revocatoria inmediata de la autorización, mediante resolución emitida por el Superintendente.

Reglas especiales de las empresas de seguro de acuerdo a la Ley No. 227

"Reforma a la Ley General de Instituciones de Seguros". Ley No. 227 de 26 de julio de 1996 Publicada en La Gaceta No. 150 de 12 de agosto de 1996

Artículo 3.- Las empresas de seguros pueden ser nacionales o extranjeras.

Son nacionales aquellas que organizadas o domiciliadas legalmente en Nicaragua, tengan un capital del cual por lo menos el setenta y cinco por ciento pertenezca a nicaragüenses o a extranjeros con domicilio y residencia en el país. Cuando se altere el porcentaje establecido, ya sea por venta, traspaso, etc., dejarán de ser nacionales.

Son extranjeras, las sociedades que habiendo sido constituidas y domiciliadas en Nicaragua no cumplan con los porcentajes de participación en el capital social establecido para las empresas de seguro nacionales. Las sociedades extranjeras estarán sujetas a las mismas obligaciones que las nacionales sin que puedan hacer uso de la vía diplomática en ningún caso relacionado con sus operaciones en el país.

Artículo 4.- Las empresas de seguro solamente podrán ejercer en Nicaragua las actividades de asegurar y reasegurar especificadas en la Resolución que autoriza su constitución y funcionamiento, así como la inversión de sus capitales y reservas en los propósitos permitidos por la Ley.

Si su acto constitutivo lo autorizan las compañías de seguros de daños, con aprobación de la Superintendencia de Bancos, podrán otorgar garantías de oferta, de cumplimiento de contratos de obras, de anticipos y de todas aquellas que no tengan el carácter de garantías financieras o de pago, según lo determine la Superintendencia de Bancos.

SEGUNDA PARTE

SOCIEDADES PERSONALISTAS

CAPÍTULO II

SOCIEDAD COLECTIVA

1. Introducción y significado

1.1 Origen

Según Logendio Osborne¹²⁰, el origen de la sociedad colectiva se sitúa en la edad media, en el seno de las familias de mercaderes. Evolucionó a partir de las frecuentes comunidades familiares, hacia las comunidades de trabajo dedicados al comercio, en las que intervienen personas extrañas a la familia, pero vinculadas por una razón de confianza, por lo que podemos decir, el porqué de su carácter personalista *-intuitu personae-* de la sociedad.

Se comenzó a regular a partir de las ordenanzas francesas de 1673, en cuya regulación de la sociedad general, aparece el dato de la responsabilidad solidaria. Asimismo, las Ordenanzas de Bilbao la contemplan con los rasgos en la actualidad como compañía colectiva, como son las actuaciones en nombre de todos y la responsabilidad personal e ilimitada de los socios. El Código de Comercio Francés de 1807 y españoles de 1829 y 1885 regulan la denominación de colectiva: Sociedad en nombre colectivo, compañía colectiva, compañía regular colectiva.

El Código de Comercio de Nicaragüense de 1869 lo regulaba en los artículos del 142 al 143, posteriormente el Código de Comercio de 1917 sigue ese mismo criterio de sociedad personalista, actualmente regulado en los Arts. 133 al 191 CC.

En la actualidad este tipo de sociedades se utiliza cada vez menos, pues se recurre a otras formas sociales, que proporcionen el beneficio de la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales, pero como ya hemos indicado, la sociedad colectiva es importante porque su régimen es aplicable en los supuestos de atipicidad o de irregularidad. Algunas legislaciones como la española reconocen su

¹²⁰ Cfr Logendio Osborne, *Op. Cit.*, Pág. 189

aplicación en la Ley de Sociedad Anónima -LSA-, señalando que el régimen de la sociedad colectiva, es aplicable a las sociedades anónimas irregulares y se extiende también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada y a las Comanditarias por acciones y por último a las agrupaciones de Interés Económico.

1.2 Concepto

Según Cándido Paz-Ares¹²¹, define a las sociedades colectivas, como una sociedad externa que tiene por objeto la explotación de una actividad mercantil bajo una razón social unificada y en la que todos los socios responden de manera ilimitada.

Fernando Sánchez Calero¹²², lo define como la sociedad personalista que desarrolla una actividad mercantil bajo una razón social, con la particularidad que del cumplimiento de las deudas sociales responden en forma subsidiaria todos los socios; personal, ilimitada y solidariamente.

Logendio Osborne¹²³, lo define como una sociedad mercantil personalista en cuanto constituye una comunidad de trabajo en el sentido de que los socios son gestores natos pues todos, salvo disposición contraria de los estatutos, tienen la facultad de concurrir a la dirección o manejo de los negocios comunes. La sociedad gira bajo un nombre colectivo o razón social formada por todos, algunos o uno solo y tiene autonomía patrimonial de manera que responde de sus deudas con su propio patrimonio sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de los socios, quienes, por su parte responden de manera personal, ilimitada y solidariamente entre ellos. Su carácter personalista se manifiesta en el régimen de la transmisión de las partes sociales. Y en que salvo pacto en contrario, la muerte del socio colectivo opera como causa disolución de la sociedad.

¹²¹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 575

¹²² Cfr, Calero Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 256

¹²³ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 189

Francisco Vicent Chuliá¹²⁴, define a la sociedad colectiva como aquella en que dos o más socios, utilizando una denominación subjetiva desarrollan una actividad mercantil, respondiendo todos por las deudas sociales de forma ilimitada, solidaria entre sí y subsidiaria con respecto al patrimonio social, responsabilidad que contraen frente a los acreedores sociales hasta que se inscriba en el Registro Mercantil la rescisión parcial, de un socio, o la disolución de la sociedad. Se constituye mediante escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar las menciones que exige la ley. Es una sociedad de trabajo o de colaboración en la gestión, en la que, en principio, pueden intervenir todos los socios "autoorganicismo", en tanto que sólo ostentan poder de representación o tienen derecho al uso de la firma social los designados en la escritura. Todos ellos deben firmar las cuentas anuales, por tanto todos ellos soportan el deber público de contabilidad, personas y cosas de la empresa social "derecho de llave", salvo que la escritura social aparte a algunos de ellos de la administración.

1.3 Definición legal¹²⁵

La sociedad colectiva, es aquella en que los socios hacen el comercio bajo una razón social y son personal y solidariamente responsable de las deudas sociales¹²⁶.

1.4 Características

De las definiciones anteriores podemos destacar las siguientes características que identifican a las sociedades colectivas:

¹²⁴ Vicent Chuliá, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia 17ª edición. 2004. pág. 277

¹²⁵ El art. 141 del Código de 1869 lo define como aquella en que los socios participan, en la proporción que hayan establecido, de iguales derechos y obligaciones. El art. 141 del mismo Código establecía que la compañía colectiva giraba bajo el nombre de todos o algunos socios, sin que en la razón social o firma comercial de ésta, como de cualquier otra compañía, pueda incluirse el nombre de persona que no pertenezca de presente a la sociedad. También señalaba que los socios están solidariamente obligados a las resultas de las operaciones que se practicaren a nombre de la sociedad, bajo la razón social o firma adoptada, y por personas autorizadas expresamente o por cualquier socio cuyo nombre se comprendiere en la razón social; salvo el derecho de la compañía a ser indemnizado por este.

¹²⁶ Arts. 133-137 primer párrafo CC

1.4.1 Es de carácter personalista, por la dedicación de todos los socios en la gestión social, salvo pacto en contrario¹²⁷; lo que hace que se conciba esta sociedad como una comunidad de trabajo por la vinculación del patrimonio de la sociedad al patrimonio personal de cada socio¹²⁸. También por la no transmisibilidad del carácter de socio sin el consentimiento de todos los demás socios¹²⁹.

1.4.2 Se rige por las disposiciones del Código de Comercio, por lo que la actividad que desempeña es necesariamente mercantil¹³⁰. Esto se manifiesta externamente por medio de su inscripción en el Registro Mercantil, también por medio de la razón social o nombre colectivo. La actividad mercantil, es duradera y permanente¹³¹.

1.4.3 Funciona o gira bajo un nombre colectivo o razón social¹³², bajo la cual deberá conducir su explotación¹³³.

1.4.4 Todos los socios participan en la sociedad en plano de igualdad¹³⁴.

1.4.5 La sociedad tiene autonomía patrimonial y responde de sus deudas con su propio patrimonio, aunque los socios también respondan de las deudas sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente¹³⁵.

1.4.6 Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la sociedad colectiva se presenta como una subespecie de la sociedad general regulada en el Código Civil, dotadas de las características, personalistas, sociedad externa¹³⁶.

¹²⁷ Art. 138 CC

¹²⁸ Art. 137 primer párrafo CC

¹²⁹ Art. 169.3 CC

¹³⁰ Art. 118 CC

¹³¹ Artos. 6-13 CC

¹³² El nombre de la sociedad no es una denominación, sino una razón social integrada por el nombre y apellidos de uno o varios socios o su denominación, si son personas jurídicas; que se rigen por el principio de la veracidad, no pudiendo ser de fantasía. (Vicent Chuliá, *Op. Cit*, pág. 279)

¹³³ Art. 134-135-138 CC

¹³⁴ Art. 137 CC

¹³⁵ Art. 137 CC

¹³⁶ Art. 3175 CC

1.4.7 El socio colectivo que aporta “bienes” a la sociedad se le denomina “socio capitalista”, y el que solamente aporta su “industria” (trabajo, servicios o actividad en general) “socio industrial”¹³⁷.

1.4.8 Rige el principio de igualdad de derechos políticos, sobre todo en el voto, cada socio un voto y no en proporción al valor de las aportaciones. Lo que no impide reconocer que el derecho de voto es de carácter patrimonial, por lo que es lícita la sindicación del voto y la venta del voto, es decir, su ejercicio o no ejercicio a cambio de contraprestaciones económica¹³⁸.

2. Constitución de la sociedad

2.1 Requisitos legales

El contrato debe ser otorgado en escritura pública¹³⁹ e inscribirse en el Registro Mercantil¹⁴⁰, sólo cuando ésta se ha inscrito, estaremos ante una sociedad regular, con personalidad jurídica¹⁴¹.

Elementos y requisitos de la escritura de constitución según el artículo 123 del Código de Comercio

2.1.1 *Nombres, apellidos y domicilios de los socios*¹⁴². Los otorgantes deberán de tener la capacidad necesaria para contratar¹⁴³.

2.1.2 *El domicilio social*¹⁴⁴. Es el lugar que los socios eligen para que la sociedad ejercite sus derechos y cumpla sus obligaciones. A falta de determinación del domicilio, la ley reputa como domicilio de las personas jurídicas el lugar en donde tiene establecida su administración. Sin embargo, las personas jurídicas al igual que las personas físicas pueden señalar un domicilio convencional para el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, en cuanto al domicilio de las sucursales o agencias que establezcan las sociedades, a falta

¹³⁷ Art. 147 CC; 3177-3190 C

¹³⁸ Cfr. Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, Pág. 279

¹³⁹ Art. 121 CC

¹⁴⁰ Art. 13-19 CC

¹⁴¹ Art. 19.2 CC

¹⁴² Art. 123.1 CC

¹⁴³ Art. 3175-2472 C y ss

¹⁴⁴ Art. 123.5 CC; 282 Pr.

de designación expresa, su domicilio será el lugar donde operen, cuando éstas se encuentren establecidas en lugares distintos de donde radica la casa matriz¹⁴⁵.

2.1.3 *Los negocios sobre que deba versar el giro de la sociedad*¹⁴⁶. Puede considerarse desde tres puntos de vistas:

2.1.3.1 Como medio para la consecución del fin inmediato que persiguen los socios. La sociedad es el vehículo que permite alcanzar el fin determinante del negocio social.

2.1.3.2 Como prestación, es decir, como el conjunto de actividades que realiza la persona jurídica, que es creada en virtud del negocio social.

2.1.3.3 Como medida de la capacidad jurídica de la sociedad. Significa que a través de la sociedad se ejercitan todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución¹⁴⁷.

2.1.4 *La razón social*¹⁴⁸. Es la firma de la sociedad que se individualiza en el tráfico y contrae obligaciones. Es una fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos, con la inclusión de la palabra "y compañía"¹⁴⁹. Expresa el nombre de los socios que tendrán a su cargo la dirección de la sociedad y el uso de dicha firma social¹⁵⁰.

Consideraciones específicas de la razón social:

2.1.4.1 Las sociedades colectivas giran y se obligan en el tráfico jurídico bajo un nombre colectivo "*Razón Social o Firma Social*" es un atributo especial de la personalidad jurídica; que sirve para individualizarla y distinguirlas. Es un elemento esencial, no puede ser adoptada por ninguna otra¹⁵¹.

¹⁴⁵ Art. 28-34-40-41-45 C; 279-280 Pr

¹⁴⁶ Art. 123.2 CC

¹⁴⁷ Cfr García, Manuel. *Op. Cit.*, Pág. 57, 58, 59

¹⁴⁸ Art. 123.3 CC

¹⁴⁹ Art. 134 CC

¹⁵⁰ Art. 135 primer párrafo-138 CC

¹⁵¹ Art. 130-133 CC

2.1.4.2 La razón social indica a los terceros, quiénes son los responsables de la sociedad, de manera personal, subsidiaria y solidaria¹⁵².

2.1.4.3 La razón social, no es igual al nombre del establecimiento, ejemplo: "*Calzados Dural*" éste es el nombre comercial, que según la ley de Marcas vigente lo define como un signo denominativo que identifica a una empresa o a un establecimiento¹⁵³. Dicho signo denominativo podrá ser inscrito en el Registro de Marca del Registro de Propiedad Intelectual.

2.1.4.4 Principio de veracidad de firma y mutabilidad de la razón social: Sólo los nombres de los socios pueden entrar en la razón social, los socios que han muerto o aquellos que se han separado de la sociedad y cuyos derechos han sido transferidos a la nueva, pueden ir también en la razón social¹⁵⁴. Esto último significa que en la sociedad en nombre colectivo pueden haber cambios de socios, el ingreso o separación de uno de ellos debe reflejarse en la razón social. Si se trata de ingreso a la sociedad, se agregará a la razón social el nombre del nuevo socio o la palabra y compañía. La separación de un socio no impide que siga utilizando la razón social; pero si el nombre del que se separó continúa apareciendo en ésta, debe agregarse la palabra "*sucesores*". Asimismo, cuando una sociedad en nombre colectivo transmite a otra la totalidad de sus derechos y obligaciones, entre ellos la razón social, también se agregará la palabra "*sucesores*"¹⁵⁵.

2.1.4.5 Sanción de la razón social inexacta: Constituye el delito de falsedad si los socios continúan utilizando la razón social de la sociedad disuelta y de estafa cuando se incluye el nombre de una persona extraña a la sociedad¹⁵⁶.

2.1.4.6 La responsabilidad de los socios que aparecen en la escritura social de todas las obligaciones contraídas bajo la razón social, es solidaria¹⁵⁷. Antes de hablar de la responsabilidad solidaria, es importante que nos refiramos a la responsabilidad subsidiaria,

¹⁵² Art. 137-138 CC

¹⁵³ Art. 2-60 y sig. Ley de Marca No. 380

¹⁵⁴ Art. 135-169.3 CC

¹⁵⁵ Cfr. García, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 180, 181

¹⁵⁶ Art. 136 CC, 283 Pn

¹⁵⁷ Art. 137 primer párrafo CC

significa que es condicional, puesto que en virtud de ella los socios gozan de los beneficios de orden o excusión y de división¹⁵⁸. La ilimitación de responsabilidad de los socios significa que responden del cumplimiento de las obligaciones sociales con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables. La responsabilidad de los socios no se presume, resulta de la ley. Se trata de solidaridad pasiva, en virtud de la cual los acreedores de la sociedad pueden reclamar a cada uno o a la totalidad de los socios el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones sociales. Por lo que no gozan del beneficio de división en este punto. Los socios pueden estipular la limitación de la responsabilidad incluyendo en la razón social la palabra "*limitada*"¹⁵⁹.

2.1.4.7 Uso de la razón social: Están Facultados para usar la firma social, todos aquellos señalados en la escritura respectiva, en caso contrario, se consideran todos los socios facultados para usar la firma social¹⁶⁰.

2.1.4.8 Uso de la razón social: La firma social le corresponde al administrador o administradores según se haya estipulado. Sin estipulación expresa, la ley, autoriza que todos los socios tengan el derecho de usar y comprometer a la sociedad a través del uso de la firma social. La firma puede ser delegada a un tercero, éste actuará como representante de la sociedad. El delegado deberá indicar, en los documentos públicos o privados, que firma por poder, so-pena del negocio que celebre, salvo que se convierta en provecho, para la sociedad, de lo contrario será personalmente responsable de todas las consecuencias del negocio que celebre¹⁶¹.

2.1.4.9 El uso indebido de la firma social, trae como consecuencia la responsabilidad de éste frente a terceros, la sociedad no responderá de las obligaciones contraídas por éste de mala fe. Pero la sociedad puede aprovecharse de los beneficios que traiga consigo el uso de la firma social. La responsabilidad, en este caso se limita a la cantidad correspondiente al beneficio que hubiere reportado en provecho a la sociedad¹⁶².

¹⁵⁸ Art. 3696-3703 C

¹⁵⁹ Art. 137.2 CC

¹⁶⁰ Art. 138 CC

¹⁶¹ Arts. 138-139-157 CC

¹⁶² Arts. 140-141 CC

2.1.4.10 El nombre de una sociedad que tiene sus relaciones en lugares fuera del territorio de la República puede ser continuado por las personas que han sucedido en esos negocios y por sus herederos, con el conocimiento de las personas, si viven, cuyos nombres eran usados¹⁶³.

2.1.5 *El nombre, apellido y domicilio de los socios a quienes se encomiende la gestión de la sociedad y el uso de la firma social*¹⁶⁴. Puede ser uno o varios socios encargados de la administración y con derecho a usar la firma social.

2.1.6 *El capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos*¹⁶⁵, con expresión del valor que se dé a éstos, o de la base sobre que haya de hacerse el avalúo¹⁶⁶.

Consideraciones particulares del capital social

2.1.6.1 Los socios que aportan capital deben hacerlo en la época y en la forma estipulada en el contrato¹⁶⁷. A falta de estipulación, el capital social se entregará en el domicilio social, luego que la escritura esté firmada¹⁶⁸. Recordemos que el socio puede aportar bienes o su industria. Los socios colectivos pueden obligarse a hacer aportaciones de los dos tipos o bien sólo una de ellas.

2.1.6.2 También cada socio queda sujeto a prestar la evicción y a indemnizar por los defectos de las cosas ciertas y determinadas que hayan aportado a la sociedad, en los mismos términos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador; más si lo que prometió fue el aprovechamiento de bienes determinados, responderá por ellos según los principios que rigen las obligaciones entre arrendador y arrendatario¹⁶⁹.

2.1.6.3 Exclusión del socio: El incumplimiento de la obligación del socio, autoriza a los demás socios a excluir al socio moroso, o a proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle

¹⁶³ Art. 3276 C

¹⁶⁴ Art. 139-140-141 CC

¹⁶⁵ Art. 123.4 CC

¹⁶⁶ Art. 3181 CC

¹⁶⁷ Art. 142. 1 CC

¹⁶⁸ Art. 142.2 CC

¹⁶⁹ Art. 3230 C

al cumplimiento de su obligación, además se hace responsable de los daños y perjuicio que cause su morosidad¹⁷⁰.

2.1.7 La duración de la sociedad y la manera de computar dicha duración¹⁷¹.

Consideraciones particulares sobre la duración:

2.1.7.1 Puede computarse a partir de su constitución o inscripción en el Registro Mercantil.

2.1.7.2 La expiración del término de duración de la sociedad es causa de disolución¹⁷².

2.1.7.3 Si los socios desean continuar deben de otorgar un nuevo contrato, excepto cuando la prórroga estuviere contemplada en el pacto social. Según BJ 1178 Cons. II de 1942, señala "si en la escritura de constitución se dijo que la duración de la sociedad quedaría prorrogada por cierto plazo, si antes del vencimiento de la duración original, un socio no notifica su voluntad en contrario, entonces esa prórroga no requiere una nueva escritura pública¹⁷³. El Art. 122 CC no es aplicable al caso de una simple prórroga, que constando en una escritura pública la facultad de hacerla, se debe considerar que la escritura primitiva era de plazo prorrogable.

2.1.8 Las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares.

Otros requisitos

- Órganos de la Sociedad: Junta de Socios, Administradores y Órgano de Vigilancia;
- La fecha de inicio de las operaciones;
- Las disposiciones relativas a los socios industriales;
- Las reglas pactadas para la liquidación;
- El régimen de participación en beneficios.

¹⁷⁰ Art. 143 CC

¹⁷¹ Art. 123.6 CC

¹⁷² Art. 173 CC; 3285 C

¹⁷³ Art. 122 CC

3. Requisitos para empezar operaciones¹⁷⁴

Poner en conocimiento del público por medio de circulares:

3.1 Su constitución;

3.2 Razón social bajo la cual ha de girar;

3.3 Objeto de la compañía;

3.4 Firma de los socios administradores.

Según BJ 15118 apunta que la omisión de dar o poner en conocimiento del público, por medio de circular, la constitución, razón social y firmas de los socios administradores, no tiene porque probarla el actor de una demanda de liquidación de una sociedad y la división de los bienes sociales, presupone la extinción y disolución de la misma por ser aquellos actos, su necesaria consecuencia y efecto. La escritura de sociedad, debidamente inscrita en los competentes registros, es suficiente para justificar la existencia de dicha sociedad.

4. Órganos de la sociedad en nombre colectivo¹⁷⁵

4.1 Junta de socios

La sociedad en nombre colectivo supone un número muy reducido de miembros, el Código de Comercio no se ocupa de la organización, funcionamiento y atribuciones de la asamblea de socios, aunque de forma vaga y excepcional es mencionada cuando se refiere en algunos artículos al criterio de unanimidad y por voto mayoritario de los socios. La falta de regulación legal de las asambleas de socios puede dar ocasión a dos situaciones:

4.1.1 Aquellas decisiones que requieren el consentimiento unánime o mayoritario de los socios, se tomen sin necesidad de reunión, o

4.1.2 Que en los estatutos de la sociedad se prevea la forma, términos y condiciones de constitución y funcionamiento de las

¹⁷⁴ Art. 133 CC

¹⁷⁵ Cfr García Rendón, Manuel, *Op, Cit*, Págs. 189,190, 191, 192, 193, 194

juntas, estableciendo las reglas de convocatoria, reunión y ejercicio del poder de decisión, respetando en lo conducente las disposiciones legales relativas al derecho de voto.

En este último supuesto deberá hacerse constar los acuerdos que se tomen en el libro de actas que debe llevar la sociedad, con todas las circunstancias previstas en la ley¹⁷⁶.

4.2 Los administradores

La representación de toda sociedad mercantil les corresponde a los administradores, quienes están facultados para realizar todas las operaciones inherentes al objeto social. Son los gestores de los negocios sociales y los representantes de la sociedad. Según la doctrina, los administradores no son mandatarios, sino representantes necesarios de la sociedad, por cuanto el socio gestor actúa en nombre y por cuenta de la sociedad como por cuenta propia, puesto que es responsable solidario de las obligaciones sociales. El socio gestor actúa *in res propriam*, lo cual es característico del mandato¹⁷⁷.

Lo relacionado a su nombramiento, número de administradores, uso de la firma social, facultades y duración del cargo y otros temas vinculados a los administradores serán objeto de estudio en las relaciones internas y externas de la sociedad colectiva.

4.3 Órgano de Vigilancia

Llamados "*interventor*", es o son encargados de supervisar los actos de los administradores. El Código de Comercio no se refiere al tema del interventor, ni mucho menos de sus atribuciones. En el contrato social se puede regular la figura del "*interventor*" que puede ser un socio o una persona extraña, que tendrá amplias facultades de vigilancia.

¹⁷⁶ Arts. 28-36 CC

¹⁷⁷ Cfr Athié Gutiérrez, *Op. Cit.*, pág. 510 y ss; De Solá Cañizares, *Op. Cit.*, pág. 129 y ss

5. Relaciones Jurídicas Internas en la sociedad colectiva

5.1 Aportaciones sociales

Los socios pueden aportar cualquier colaboración que contribuya a la consecución del fin social: dinero, cosas, servicios, conocimientos, nombres comerciales, marcas, títulos valores, los conocimientos intelectuales, la experiencia y en general, todo lo que forme el aspecto intelectual o espiritual de una persona humana.

Las aportaciones deben realizarse dentro del plazo, forma y lugar convenido en el contrato social, excepto que el lugar de entrega no se haya estipulado, entonces será en el domicilio social¹⁷⁸.

El incumplimiento trae las siguientes consecuencias¹⁷⁹:

- a. La exclusión del socio moroso;
- b. El cumplimiento de su obligación, procediendo de manera ejecutiva en contra de su persona y sus bienes.

En ambos casos cabe la indemnización por daños y perjuicios¹⁸⁰.

Para Vivante¹⁸¹ y Houpin¹⁸², si uno de los asociados no hizo ningún aporte, el contrato de sociedad será nulo absolutamente y esta nulidad puede invocarse por cualquiera y no es confirmable, ni prescriptible. Si no hay aporte no hay sociedad. La sociedad que al constituirse no tiene otro patrimonio que el nombre, no existe.

Así lo confirma el artículo 3284 del Código Civil, cuando establece que el contrato de sociedad queda sin efecto, si habiendo prometido uno de los socios contribuir con la propiedad o el uso de alguna cosa, no lo cumple dentro del término estipulado.

¹⁷⁸ Art. 142 CC

¹⁷⁹ Art. 142 primer párrafo, 143 CC

¹⁸⁰ El socio que no entregare a la sociedad la suma de dinero a que se hubiere obligado, será responsable de los intereses o réditos, desde la fecha en que debió hacer la prestación, y además de los daños y perjuicios, si procediere con culpa o dolo. (art. 3231 C)

¹⁸¹ *Cfr* Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit*, Pág. 35 y ss, citando a Vivante, Cesare. *Traite de Droit Commercial* 1910.

¹⁸² Houpin Et Bosvieux. *Traité General Theorique et Pratique des societes civiles et commerciales et de associations*. 2 em ed. 1927

Si uno o varios socios pretenden salirse de la sociedad, pidiendo su parte de capital aportado a la sociedad, éstos no podrán hacerlo sino hasta después de la liquidación, a no ser que el socio o los socios hayan aportado en calidad de usufructo¹⁸³.

5.2 Ganancias y pérdidas

Recordemos que la causa del contrato social es la finalidad lucrativa, por lo tanto, los socios tienen derecho a participar en los beneficios sociales. La protección del patrimonio y de los intereses de terceros hace pensar que no se admite el reparto de beneficio cuando el patrimonio sea inferior al capital, ni cuando los beneficios sean ficticios.

En cuanto al reparto de beneficios, es aplicable, en primer lugar lo que se hubiese pactado en el contrato social y en segundo lugar, en el caso de no haberse estipulado, es aplicable la regla de proporcionalidad. Así lo dispone el artículo 146 del Código de Comercio señalando que los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias y pérdidas en la forma que se hubiese estipulado. A falta de estipulación, las dividirán a prorrata de sus respectivos capitales¹⁸⁴. Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros¹⁸⁵.

Reglas aplicables al socio industrial:

Nuestro Código de Comercio establece que cuando uno de los socios aporta sus conocimientos o industria y no se establece las reglas de la cuota que debe percibir, y los otros socios no se ponen de acuerdo, entonces tendrá en tal caso la parte que por árbitro¹⁸⁶ le sea asignada¹⁸⁷. Como principio general los socios industriales no responden de las pérdidas, salvo pacto en contrario.

¹⁸³ Art. 145 CC

¹⁸⁴ La parte de los socios en las ganancias o pérdidas serán proporcional a sus cuotas, si no hubiere estipulación en contrario; si sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual la de las pérdidas y viceversa. (art. 3240 C)

¹⁸⁵ Art. 3187 C

¹⁸⁶ El arbitramiento a que se refiere el artículo 147 es reforzado por el art. 334 del CC y la Ley 540, publicada en la Gaceta Diario Oficial el 24 de junio del 2005 (art. 69)

¹⁸⁷ Art. 147 CC

Asimismo, el Código Civil¹⁸⁸ prescribe otras reglas que podemos aplicar para resolver el problema sobre la cuota que debe percibir el socio industrial:

- Si el trabajo del industrial pudiere hacerse por otro, su cuota será la que le corresponda por razón de sueldos u honorarios; y esto mismo se observará si son varios los socios industriales;
- Si el trabajo no pudiere ser hecho por otro, su cuota será igual a la del socio capitalista que tenga más;
- Si sólo hubiere un socio industrial y otro capitalista, se dividirán entre sí por partes iguales las ganancias;
- Si son varios los socios industriales y están en el caso de la fracción segunda, llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la división entre sí por convenio; y a falta de éste por decisión pericial;
- Si el socio industrial hubiere contribuido también con cierto capital, se considerarán ésta y la industria separadamente;
- Si al terminar la compañía en que hubieren socios capitalistas e industriales, resultare que no hubo ganancias, el capital íntegro que haya se devolverá a sus dueños;
- Conviniendo los socios en que la partición se haga por un tercero, quedarán sujetos a la que éste forme, no habiendo convenio en contrario.

5.3 Resarcimiento de gastos e indemnización de perjuicios

Queda a cargo de la sociedad abonar a los socios, los gastos efectuados e indemnizarles de los perjuicios sufridos siempre que de un lado estén inmediata y directamente relacionados con los negocios que aquella realiza a su cargo y que, de otro modo, no sean debidos a su culpa o causa independiente de los negocios¹⁸⁹.

Significa que si el socio sufre daños o pérdidas por causa de los actos de la sociedad debe ser indemnizado por la misma institución. La sociedad que obtiene ventaja de los actos de los socios, debe mantenerle indemne de las consecuencias dañosas de esa actividad, siempre que efectivamente exista una relación de causa-efecto entre la gestión social y el daño sufrido por el patrimonio del socio y no medie culpa o negligencia por parte del socio¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Arts. 3241 al 3244 C

¹⁸⁹ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez, Guillermo. Pág. 191

¹⁹⁰ Arts. 155- 162 CC; 3239 C

La sociedad es responsable para con el socio, tanto por las sumas que éste gasta en provecho de ella, como por las obligaciones que contrae de buena fe en negocios de la sociedad y por

5.4 Prohibición de concurrencia

Esta es una manifestación del carácter personalísimo de la sociedad y del deber de fidelidad que deben guardar los socios. Consiste en una obligación negativa; es decir, los socios no deben de hacer competencia a la misma sociedad de la cual son socios.

La prohibición consiste en¹⁹¹:

5.4.1 Explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gira la sociedad, tampoco podrá hacer operaciones particulares de cualquier especie que sea cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

5.4.2 Interesarse como socio con responsabilidad ilimitada en otras sociedades que tengan el mismo objeto y hacer operaciones por cuenta de ellas o de terceros en el mismo comercio, sin el consentimiento de los otros socios. Se presume el consentimiento, si el interés o las operaciones existían antes del contrato de sociedad y eran conocidas de los otros socios y en dicho contrato no estipularon que debían cesar tan pronto como el contrato de sociedad estuviese perfecto.

El socio podrá realizar lícitamente toda operación mercantil que no pertenezca al género de la sociedad, excepto los socios industriales, a no ser que la compañía lo autorice expresamente. En este caso el socio industrial no podrá emprender negociación alguna que le distraiga de sus atenciones sociales, so pena de perder las ganancias que hubiere adquirido hasta el momento de la violación.

5.5 Gestión de la sociedad

5.5.1 Gestión y representación

La doctrina señala que la gestión corresponde al aspecto interno de la sociedad y la representación al externo, el contenido de las facultades de gestión es elástico mientras que el ámbito de la representación es rígido e ilimitable y que, finalmente, la gestión es cuestión de deber y la representación de poder¹⁹².

los riesgos inherentes a la administración que desempeña. (Art. 3239 C)

¹⁹¹ Arts. 169.4.5- 172 CC

¹⁹² Villegas, Carlos Gilberto, *Tratado de las Sociedades*, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, Chile, 1995, pág. 246 y ss

5.5.2 Los administradores

El principio de la gestión colectiva, significa que todos los socios tienen la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios sociales, salvo pacto en contrario¹⁹³. Por lo general, el régimen de la sociedad se ajusta a lo pactado en la escritura social. Lo más frecuente es que en la escritura de sociedad figure el nombre del socio o los socios que se encargarán de la gestión social o administración¹⁹⁴.

La administración puede conferirse a varios socios con carácter solidario o mancomunado. Así el artículo Art. 149 del Código de Comercio, establece que la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios, y éstos pueden desempeñarlos por sí mismos y por sus delegados, sean socios o extraños.

Analizando el artículo 149 y otras disposiciones sobre la administración podemos concluir que existen cuatro hipótesis:

5.5.2.1 Primera hipótesis:

A falta de estipulación especial, la facultad de administrar corresponde a cada socio individualmente. Es decir, siendo varios los socios encargados indistintamente de la administración, o sin declaración de que deberán proceder de acuerdo, podrá cada uno de ellos practicar separadamente los actos administrativos que crean oportunos¹⁹⁵. Serán considerados todos los socios con igual poder de administrar, y los actos que alguno de ellos practicare, obligarán a los otros; salvo su derecho de oponerse mientras estos actos no produzcan su efecto legal¹⁹⁶. Estando varias personas encargadas juntamente del mismo mandato, cada una de ellas responderá de sus actos, no habiéndose estipulado otra cosa¹⁹⁷. En este caso todos los socios responden solidariamente de los actos de uno de los socios administradores¹⁹⁸.

¹⁹³ Art. 138 segundo párrafo CC

¹⁹⁴ Art. 138 primer párrafo-148 CC; 3271-3249 C

¹⁹⁵ Arts. 150-151 CC; 3260-3253-3300 C

¹⁹⁶ Art. 3263 C

¹⁹⁷ Art. 3320 C

¹⁹⁸ Art. 150 CC

5.5.2.2 Segunda hipótesis:

Si varios son los encargados, pero se conviene que uno de ellos no podrá hacer nada sin los otros, la administración debe ejercerse, colectivamente. Si se ha convenido que un administrador nada pueda practicar sin concurso de otro, solamente podrá proceder de otra manera habiendo nuevo convenio, o en caso de que pueda resultar perjuicio grave irreparable¹⁹⁹.

5.5.2.3 Tercera hipótesis:

Si se confía, por el contrario a uno o más socios, cada uno puede tratar los negocios de la sociedad a menos que se le haya designado una esfera de acción especial²⁰⁰. El acuerdo de la mayoría sólo obliga a la minoría cuando recae sobre actos de simple administración, o sobre disposiciones comprendidas en el círculo de las operaciones designadas en el contrato social. Resultando de las deliberaciones de la sociedad dos o más pareceres que no tengan la mayoría absoluta, los socios deberán abstenerse de llevar a ejecución el acto o contrato proyectado²⁰¹.

5.5.2.4 Cuarta Hipótesis:

La administración puede darse a un extraño, que no responde de las deudas sociales. El poder para administrar en este caso, es revocable, aunque hubiere sido dado por el contrato de sociedad, cuando el administrador o administradores nombrados no fueren socios²⁰².

Los administradores son en esencia mandatarios de la sociedad; la situación de ellos es diferente si los poderes le vienen de la escritura constitutiva o de una deliberación posterior.

Puede nombrarse gerentes de la sociedad, cuyo nombramiento debe inscribirse en el Registro Mercantil²⁰³.

Cuando el administrador ha sido designado por cláusula especial de la escritura de la sociedad puede ejecutar, a pesar de la oposición de los

¹⁹⁹ Arts. 156 CC-3261 C

²⁰⁰ Art. 156 CC

²⁰¹ Art. 154 primer párrafo-162 Segundo párrafo CC

²⁰² Arts. 139-162 CC; 3251-3271 C

²⁰³ Art. 13 b) CC

consocios excluidos en la administración, todos los actos o contratos a que se extiende su mandato, con tal que lo verifique sin fraude²⁰⁴.

5.5.3 Reglas del gestor o administrador nombrado en escritura social:

No es revocable y su derecho de administrar no puede ser transmitido a sus herederos, aun cuando se haya estipulado la continuidad de la sociedad con los herederos del socio difunto²⁰⁵. Pero puede ser revocado por causas legítimas que según el Código Civil²⁰⁶ son las siguientes:

- Cuando el socio administrador por un motivo grave, dejare de merecer la confianza de sus coasociados;
- Si al administrador le sobreviniere algún impedimento para administrar los negocios de la sociedad;
- No reconociendo el mandatario como justa causa de revocación la que sus coasociados manifestaren, conservará su cargo hasta ser removido por sentencia judicial²⁰⁷. Habiendo peligro en la demora, el Juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisional, socio o no socio²⁰⁸. La remoción puede ser decretada a petición de cualquiera de los socios, sin dependencia de la deliberación de la mayoría²⁰⁹.

²⁰⁴ Art. 163 CC; BJ 18347 “Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Granada, no revocada por la suprema (BJ 8836) se resolvió que el artículo 163 confiere a la mayoría de los socios el derecho de pedir una de dos cosas: o el nombramiento de un co-administrador o la solución de la sociedad; que en los casos que no estén previstos por el Código de Comercio, se aplicará el Código Civil; que el Código de Comercio no estatuye cuales son las medidas precautorias que los demandantes de la disolución de una sociedad tiene derecho de pedir, por lo cual han de aplicarse las disposiciones del Código Civil pertinentes al caso y a ese efecto, procede la remoción del administrador, pues como dice Machado, la remisión temporal es una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del juez, quien podrá acordarlos en casos graves y urgentes aún sin prueba, pero procurando ser parco en el uso de esa facultad.

²⁰⁵ Art. 164 CC

²⁰⁶ Art. 3246 C

²⁰⁷ Art. 3247 C

²⁰⁸ Art. 3248 C

²⁰⁹ Art. 3249 C

- La remoción del administrador nombrado por el contrato de la sociedad dará derecho a cualquiera de los socios para disolver la sociedad, y el administrador removido es responsable por la indemnización de pérdidas e intereses²¹⁰;
- Si el administrador o administradores no fueren socios, el poder para administrar es revocable, aunque hubiere sido dado por el contrato de sociedad²¹¹;
- El socio nombrado administrador en el acta constitutiva de la sociedad, no puede renunciar a su encargo, sino con el consentimiento de la mayoría; más los que no admitieren la renuncia, pueden separarse de la sociedad²¹²;
- Si las facultades del socio administrador se ha fijado en la misma acta constitutiva de la sociedad, no pueden revocarse ni alterarse sino por consentimiento unánime de los socios²¹³.

5.5.4 Reglas del administrador nombrado por actos posterior al contrato de sociedad

- Su nombramiento podrá ser revocable por voluntad de los socios. La revocación podrá llevarse a cabo por la mayoría de los socios no administradores en la asamblea de socios²¹⁴;
- Si las facultades se han concedido por un acto posterior a la constitución de la sociedad, podrán ser revocadas y alteradas por mayoría, estimándose ésta por la de capitales o créditos de los asistentes y no por la de personas²¹⁵;
- El poder para administrar es revocable, aunque hubiere sido dado por el contrato de sociedad, cuando el administrador o administradores nombrados no fueren socios²¹⁶.

²¹⁰ Art. 3250 C

²¹¹ Art. 3251 C

²¹² Art. 3252 C

²¹³ Art. 3254 C

²¹⁴ Arts. 167-163 CC; 3245-3255-3254 C

²¹⁵ Art. 3255 C

²¹⁶ Art. 3251 C

Solamente quien esté autorizado a usar la firma social, podrá hacerlo²¹⁷. El administrador debe cumplir sus obligaciones con la diligencia de un buen comerciante. Cuando usa de la firma social, en actos personales, entonces está actuando fuera de las facultades.

5.5.5 Obligaciones y responsabilidades de los gestores

5.5.5.1 Desempeñar las funciones que les corresponden de acuerdo con las facultades que les confiere la escritura social. En virtud del mandato legal, cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiese propuesto²¹⁸.

5.5.5.2 La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social cuando las obligaciones que los hubiesen causado no le conciernen y el tercero los aceptase con conocimiento de esta circunstancia²¹⁹.

5.5.5.3 Solamente quien esté autorizado a usar la firma social, podrá hacerlo²²⁰. El administrador debe cumplir sus obligaciones con la diligencia de un buen comerciante.

5.5.5.4 Si al hacer el nombramiento de administrador los socios no hubiesen determinado la extensión de los poderes que le confieren, el delegado será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para los actos y contratos enunciados en el artículo 151²²¹.

5.5.5.5 No necesitan poder especial los administradores para vender los inmuebles sociales, siempre que tal acto se halle comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad, ni para tomar a mutuo las cantidades necesarias para poner en movimiento los negocios de su cargo, hacer las reparaciones indispensables en inmuebles sociales, levantar hipotecas que los graven, o satisfacer otras necesidades urgentes²²².

²¹⁷ Art. 157 CC

²¹⁸ Art. 151-157-158 CC; 3256 C

²¹⁹ Art. 141-158 CC

²²⁰ Art. 157 CC

²²¹ Art. 165 CC

²²² Art. 161 CC

5.5.5.6 Obligación de rendición de cuenta de información del resultado de la gestión, cuando se lo pidan la mayoría, aun cuando no sea en las épocas fijadas en el contrato de la compañía²²³.

5.5.5.7 Los administradores delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente; pero si no estuviesen investidos de una autorización especial, no podrán vender ni hipotecar los bienes inmuebles, ni alterar su forma ni transigir, ni comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren²²⁴.

5.5.5.8 En cuanto a la responsabilidad se adopta un criterio benigno, haciéndolo responsable civilmente en caso de malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Si el administrador fuere una persona extraña, será responsable de cualquier exceso que cometa en el ejercicio de sus facultades²²⁵.

5.5.5.9 Si a pesar de la oposición de los socios el acto o contrato se ejecuta con terceros de buena fe, entonces los socios gestores quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho, a ser indemnizado por el socio que lo hubiere ejecutado²²⁶. Y el administrador que lo hubiese celebrado responderá a la sociedad de los perjuicios que a esta se siguieren²²⁷. Excepto que éstos actos o contratos se refieren a mera conservación de las cosas comunes²²⁸.

5.6 Los acuerdos sociales

Los acuerdos sociales constituye una competencia al conjunto de socios en las asambleas o junta de socios, por lo que los acuerdos se toman por mayoría, excepto en algunos casos en que la ley o el pacto constitutivo, establece como requisito la unanimidad.

Para el análisis de este tema recordemos que en la sociedad colectiva pueden ser que los gestores sean todos los socios o algunos de ellos, es decir, pueden existir socios gestores y socios no gestores, aunque éstos últimos no tienen a cargo la administración de la sociedad, hay competencia atribuidas al conjunto de socios.

²²³ Arts. 132-168 CC

²²⁴ Art. 159 CC-3257 C

²²⁵ Art. 158 CC

²²⁶ Art. 155 CC

²²⁷ Art. 162 tercer párrafo CC

²²⁸ Art. 153 CC

En relación a lo anterior el Código de Comercio y el Código Civil establecen las siguientes reglas para la toma de los acuerdos:

5.6.1 Los acuerdos de la mayoría obligan a la minoría, siempre que recaiga en actos de simple administración, o sobre las facultades comprendidas en las operaciones designadas en el contrato social. Pero si de las deliberaciones resultan dos o más pareceres que no logren obtener la mayoría absoluta, es obligación de los socios gestores abstenerse del acto o contrato proyectado²²⁹.

5.6.2 La mayoría de socios puede pedir en cualquier momento la rendición de cuenta a los socios administradores²³⁰.

5.6.3 La forma y nombramiento de los liquidadores se hará por unanimidad de los socios²³¹.

5.6.4 La discordia que se origine entre dos o más liquidadores, serán sometidos a la resolución de los socios de acuerdo al primero y segundo párrafo del artículo 162 CC²³².

5.6.5 La revocación de los administradores nombrados posteriormente al acto constitutivo, se hará por mayoría de votos, igualmente las facultades del mismo²³³.

5.6.6 El socio nombrado administrador en el acta constitutiva de la sociedad, no puede renunciar a su encargo, sino con el consentimiento de la mayoría; más los que no admitieren la renuncia, pueden separarse de la sociedad²³⁴.

5.6.7 Habiendo divergencia entre los socios, se resolverán los asuntos por mayoría de votos; no pudiendo ésta obtenerse, se estará a lo que determinen los que representen el mayor interés con tal que no sea uno solo. Cuando ni de uno ni de otro modo se obtenga mayoría, la discordia se decidirá por arbitramento²³⁵.

²²⁹ Art. 154 -162 CC

²³⁰ Art. 168 CC

²³¹ Art. 175 CC

²³² Art. 178 CC

²³³ Art. 3245-3255 C

²³⁴ Art. 3252 C

²³⁵ Art. 3267 C

5.6.8 El contrato que forma la sociedad no puede modificarse, sino por otro en que convenga la unanimidad de los socios²³⁶.

5.7 El Derecho de información y derecho de examinar el estado de la administración.

Todos los socios tienen derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad y todos sus antecedentes. Es un derecho personal, intransmisible y los estatutos no lo pueden limitar²³⁷.

El socio podrá pedir al juez que ordene, le pongan de manifiesto los libros y documento de la sociedad que quiera examinar²³⁸. Cabe la posibilidad de recurrir a peritos para el examen de la contabilidad²³⁹.

6. Relaciones jurídicas externas

6.1 Representación

Los socios administradores que representan la firma social, se relacionan con terceros, a través de sus actos representativos, facultades conferidas por el Código de Comercio o por el contrato social²⁴⁰.

Los administradores delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente; pero necesitan autorización especial para:

6.1.1 Vender, hipotecar los bienes inmuebles, transigir, comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren²⁴¹. Si éstos alteran en la forma los inmuebles sociales y los demás socios no se oponen, es decir, si lo hacen a vista y paciencia de los demás, entonces, se entiende que están autorizados y aprobados para todos los efectos legales²⁴².

²³⁶ Art. 3193 C

²³⁷ Art. 132-166 CC

²³⁸ Art. 921 No.4 Pr

²³⁹ Art. 1117 No.5-1263 al 1294 Pr

²⁴⁰ Art. 150-151-157 CC

²⁴¹ Art. 159 C

²⁴² Art. 160 CC

*6.1.2 Para enajenar las cosas de la compañía, si ésta no se ha constituido con ese objeto*²⁴³.

*6.1.3 Para tomar capitales prestados*²⁴⁴.

Si él o los representantes de la sociedad no tuvieran autorización especial de acuerdo a los casos anteriores, el hecho de haber actuado en provecho de la compañía no lo libera de la responsabilidad²⁴⁵.

Si en un caso urgente no pudiere el socio administrador consultar a los otros y ejecutar alguno de los actos enumerados en el artículo 3257, se considerará en cuanto a ellos como agente oficioso de la sociedad²⁴⁶.

El delegado deberá indicar en los documentos públicos o privados, que firma por poder, so pena de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, toda vez que la omisión de la antefirma induzca en error acerca de su cualidad a los terceros que los hubieren aceptado²⁴⁷.

Si un socio no autorizado usare la firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que aquel hubiere suscrito, salvo si la obligación se hubiere convertido en provecho de la sociedad. La responsabilidad, en este caso, se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad²⁴⁸. La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social²⁴⁹, cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia²⁵⁰.

²⁴³ Art. 3257. 1 C

²⁴⁴ Art. 3257.3 C

²⁴⁵ Art. 3258 C

²⁴⁶ Art. 3259 C

²⁴⁷ Arts. 139 segundo párrafo CC; 3271 segundo párrafo C

²⁴⁸ Arts. 140 CC; 3272 C

²⁴⁹ Según Sentencia de la CSJ BJ 5721 “El señor N.N.; no ha podido hacer uso de la razón social en beneficio de sus intereses personales. La sociedad se organizó con el único objeto de explotar la industria tipográfica y el socio gerente apenas ha podido y puede comprometer la firma social en aquellos contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, entre los cuales no puede contarse el de contraer deudas que no se ha justificado proveniente de ellos”.

²⁵⁰ Art. 141 CC; 2373 C

6.2 *Ámbito de representación*

El administrador o administradores están facultados a realizar la gestión de conformidad al giro o tráfico de la empresa, si se excede de sus límites, entonces responde de manera solidaria para con la sociedad²⁵¹.

6.3 *Abuso de la firma*

Si la firma la usa aquel que no está autorizado, en este caso la sociedad no queda obligada y la responsabilidad civil o penal, recae sobre sus autores. También hay abuso de facultades, cuando usa la firma el socio autorizado, pero lo hace en interés propio. Los negocios así son eficaces y obligan a la sociedad, pero están prohibido, por lo que se establece como sanción las siguientes consecuencias: Los beneficios obtenidos son para la sociedad; puede haber rescisión de contrato de sociedad respecto a los infractores; hay obligación de reintegrar los fondos utilizados y de indemnizar daños y perjuicios²⁵².

6.4 *Responsabilidad*

6.4.1 *En relación al patrimonio social:* La sociedad y los socios responden a las deudas sociales. De acuerdo al principio jurídico de autonomía patrimonial, quien responde primero con su patrimonio es la sociedad, los socios gozan del beneficio de excusión. La sociedad responde por sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros, pero no responde por las deudas personales de los socios. Los acreedores de la sociedad serán preferidos a los acreedores particulares de cada uno de los socios en los bienes del fondo social²⁵³. Los socios colectivos indicados en la escritura social, son solidariamente responsables de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social. Pero pueden por pacto los socios limitar su responsabilidad, con tal que se agregue a la razón social la palabra: "*limitada*"²⁵⁴.

6.4.2 *En relación a las obligaciones personales de los socios:* Los acreedores personales de los socios no podrán embargar el capital que el socio hubiere aportado a la sociedad, pero podrán solicitar la

²⁵¹ Art. 151 CC

²⁵² Arts. 140-141-157-158 CC; 3272-3273 C

²⁵³ Art. 3282 C

²⁵⁴ Art. 137 CC

retención de la parte de interés que en ella tuviere el socio; por tanto, podrá percibirla al tiempo de la división social. Tampoco los socios podrán concurrir en la quiebra de la sociedad con los acreedores sociales; pero los socios tendrán derecho a perseguir la parte que le corresponda a su deuda en el residuo de la masa concursada²⁵⁵.

El Código Civil establece que los acreedores particulares podrán pedir la separación de bienes en la forma señalada en el Pr, y la ejecución y embargo en la parte social del deudor²⁵⁶.

7. Transmisión de las partes sociales

El socio que pretende transmitir el interés que tenga en la compañía a otra persona, necesita el consentimiento de los demás para transmitirla. La razón de éste supuesto, es que la salida de un socio puede traer consecuencias perjudiciales para los demás y para la sociedad²⁵⁷. En caso contrario las pérdidas que sufran serán soportadas por los socios que contravengan las prohibiciones del artículo 169 del Código de Comercio.

Esta solución responde al mismo principio que establece el artículo 3285.3 del Código Civil, que la muerte del socio causa la disolución de la sociedad, salvo pacto expreso de subsistencia entre los socios sobrevivientes o de continuación con los herederos según lo dispone el artículo 3289 del mismo código²⁵⁸. *"Cuando la sociedad continuare sólo con los socios existentes, los herederos del que murió, tendrán derecho al capital y utilidades que al finado correspondan en el momento de su muerte, y en lo sucesivo sólo tendrán parte en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por el difunto"*.

Pacto de subsistencia de la sociedad: Significa la exclusión de los herederos del fallecido de la sociedad que subsiste. Es, pues, necesario indemnizar a los herederos, calculando en dinero la parte que hubiere correspondido al socio fallecido, si la sociedad se hubiere disuelto el día de su muerte²⁵⁹. En este caso la sociedad continúa sólo con los socios existentes.

²⁵⁵ Art. 144 CC

²⁵⁶ Art. 3282 C; 1597-1721 Pr

²⁵⁷ Art. 169.3 CC

²⁵⁸ Art. 3289 C

²⁵⁹ Art. 3288 C

Pacto de continuación con los herederos: Es posible pactar para evitar la disolución, la continuación con sus herederos. Éstos se consideran socios a partir de la muerte de su causante. A menos que el heredero repudie la herencia.

La transmisión de la parte de un socio implica una modificación de la escritura que debe inscribirse en el Registro²⁶⁰.

8. Modificación de la escritura

Si por acuerdo de todos los socios o de acuerdo a lo pactado, deciden modificar la escritura, entonces será necesario cumplir con las mismas formalidades de escritura e inscripción²⁶¹.

9. Prohibiciones a que están sujetos los socios de compañía colectiva Art. 169 CC

9.1 Extraer del fondo común dinero o bienes.

9.2 Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y utilizar en éstos de la forma social. El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común, las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta hubiese sufrido. Podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios.

9.3 Ceder a cualquier título interés en la sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de sus funciones que le correspondan en la administración.

9.4 La cesión o sustitución sin previo permiso de todos los socios, es nula.

9.5 Explotar por cuenta propia el ramo de industrial en que gire la sociedad y hacer sin su consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquier especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

²⁶⁰ Art. 3193 C; 122 CC

²⁶¹ Art. 122 CC-3193 C

9.6 Interesarse como socio con responsabilidad ilimitada en otras sociedades que tenga el mismo objeto, y hacer operaciones por cuenta de ellas o de terceros en el mismo comercio, sin el consentimiento de los otros socios. Se presume el consentimiento, si el interés o las operaciones existían antes del contrato de sociedad y eran conocidas de los otros socios y en dicho contrato no estipularon que debían cesar tan luego como el contrato de sociedad estuviese perfecto.

Sanción

Los socios que contravengan las prohibiciones anteriores serán obligados a llevar al acervo común las ganancias provenientes de tales operaciones y soportar individualmente las pérdidas que les resultaron²⁶².

10. Prescripción

La Prescripción de las acciones procedentes de las sociedades colectivas, son las siguientes:²⁶³

10.1 Contra los socios no liquidadores, sus herederos o causahabientes, prescriben en 5 años, contados desde el día en que se disuelva la sociedad. Siempre y cuando la escritura social haya fijado su duración.

10.2 La prescripción corre contra los menores y personas jurídicas que gocen de los derechos de tales, aunque los créditos sean ilíquidos, y no se interrumpe sino por las gestiones judiciales que dentro de cinco años hagan los acreedores contra los socios no liquidadores.

10.3 Pasados los cinco años, los socios no liquidadores no serán obligados a declarar judicialmente acerca de la subsistencia de las deudas sociales.

No tiene lugar la prescripción

La prescripción no tiene lugar, cuando los socios verifican por si mismo la liquidación o la sociedad se encuentra en quiebra. Las acciones de los acreedores contra el socio o socios liquidadores, considerados en esta última calidad y las que tienen los socios entre sí, prescriben por el transcurso de los plazos que señala el derecho común²⁶⁴.

²⁶² Art. 170 CC

²⁶³ Art. 188-189-190 CC

²⁶⁴ Art. 191 CC; 903-908 C

CAPÍTULO III

SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

1. Formación histórica y definición

Según Ignacio Logendio²⁶⁵ expresa que para algunos autores, la sociedad comanditaria, tiene su origen en la sociedad colectiva. Junto a los socios colectivos, existen otros que limitan su responsabilidad, éstos son llamados socios comanditarios o cuando los herederos de los socios colectivos se convierten en comanditarios. La sociedad comanditaria tiene su origen en la antigua "*commenda*" medieval, que consistía en la participación de un capitalista, que aportaba bienes o dinero, en la especulación de un comerciante. De la *commenda*, surge la asociación de cuentas en participación si se mantiene oculto el vínculo social o la sociedad comanditaria, en caso contrario. La sociedad comanditaria también guarda conexión con otras figuras como la comisión o el depósito.

Continúa exponiendo el autor, que esta forma social se reguló en las ordenanzas francesas de 1673 y en el Código de 1807, luego pasó al Código Español de 1829 y posteriormente al vigente de 1885. La sociedad comanditaria por acciones ha sido objeto de regulación y de reformas en España por la ley 19/1989 del 25 de julio y una adaptación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea CEE, en materia de sociedades. En Nicaragua el Código de Comercio de 1869 regulaba éste tipo de sociedad en los artículos 141, 144, 145, 147; actualmente el Código de Comercio vigente, lo regula en el título III, capítulo IV artículos del 192 al 200 CC.

El Código Español de 1885, daba una noción incompleta de la sociedad comanditaria, diciendo que es aquella "*en que uno o varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar a las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros con nombre colectivo*". Este texto en su noción actual ha suprimido tal noción, que había sido criticada ampliamente en la doctrina, sin aportar ninguna otra, limitándose a decir que una de las formas sociales de las sociedades mercantiles es "la comanditaria, simple o

²⁶⁵ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág . 195

por acciones". La cual tampoco es exacta. La sociedad comanditaria simple, puede considerarse como una sociedad personalista que se aproxima a la colectiva²⁶⁶.

Sánchez Calero²⁶⁷, la define como la sociedad de tipo personalista que ejercita una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales, y cuyo nombre ha de servir para formar la razón social y de los socios comanditarios cuya responsabilidad es limitada.

Para Vicent Chuliá²⁶⁸, la sociedad en comandita simple agrupa uno o varios socios colectivos y uno o varios socios comanditarios, asumiendo los primeros necesariamente la administración social, con el deber público de contabilidad; con responsabilidades ilimitadas, solidaria entre sí y subsidiaria al patrimonio social.

Podemos concluir, definiendo a la sociedad comanditaria simple, como la sociedad mercantil de carácter personalista que se define por la existencia de socios colectivos que aportan capital y trabajo y responden subsidiaria, personal y solidariamente de las deudas sociales, y de socios comanditarios que solamente aportan capital y cuya responsabilidad estará limitada a su aportación.

En la actualidad este tipo de sociedad ha perdido interés, igual que las colectivas, frente a las sociedades en las que todos los socios cuentan con esa ventaja. No obstante, la sociedad comanditaria puede seguir siendo una forma jurídica apropiada para la pequeña y mediana empresa. Su atractivo talvez crezca como consecuencia del mayor rigor a que están sometidas las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. Por otra parte, el inconveniente de la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos se puede salvar indirectamente si esos son, a su vez, sociedades anónimas o limitadas. Esta fórmula mixta, más conocida en la práctica de otros países, puede tener éxito y suponer un mayor recurso a la comanditaria como tipo social²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 270

²⁶⁷ *Id*

²⁶⁸ Cfr Chuliá Vicent, *Op. Cit.*, Pág. 278

²⁶⁹ *Id*

Definición legal: El Código de 1869 lo definía en el artículo 141 segundo párrafo *"Es compañía en comandita, aquella en que se establece por condición el socio o socios determinados que ha de manejar las operaciones del giro, en su nombre particular, o bajo una razón social a condición de que otros socios no tomen parte en la administración y limiten su responsabilidad al capital que aportaron a la caja social. El socio que presta los fondos se llama comanditario y el que administra, gestor"*. De acuerdo al Código de Comercio vigente, lo define en el artículo 192 *"La sociedad en comandita simple es aquella que celebra una o varias personas ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con una o varias que no son responsables de las deudas y pérdidas de la sociedad, sino hasta la concurrencia del capital que se comprometan a introducir a ella. Los primeros se denominan gestores y los segundos comanditarios"*.

El artículo 51 de la ley General de Sociedades Mercantiles de México lo define como *"La que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus operaciones"*.

Podemos concluir, que las notas identificadoras de la sociedad en comandita son las siguientes²⁷⁰:

*1.1 Es una sociedad personalista*²⁷¹, no sólo por la presencia de los socios colectivos, sino también por la de los comanditarios, en los que esa nota está más atenuada, aunque éstos últimos no intervengan en la gestión social. Es una sociedad cuya organización resulta en buena medida dependiente de las condiciones personales de la sociedad colectiva, por ejemplo: en el principio de unanimidad, intransmisibilidad de las partes, disolución *ad nutum*, etc.

La sociedad comanditaria, es también sociedad personal en el ámbito externo. No es sociedad de capital o sociedad con cifra de retención patrimonial. El hecho de que los socios comanditarios limiten su responsabilidad no significa que la integración del patrimonio social

²⁷⁰ Cfr. Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 705

²⁷¹ Art. 200 CC

mediante sus aportaciones o las disposiciones del mismo mediante distribuciones estén sujetas a control. En esta materia rige el principio de libertad, propia de las sociedades colectivas (hay, pues, posibilidad de sobrevalorar las aportaciones, de devolverlas, de concertar pactos sobre ellas de quita, espera, *non petendo*, etc). La protección de terceros se articula a través del mecanismo especial de la suma de responsabilidad²⁷².

1.2 La sociedad comanditaria²⁷³ se nos presenta, en segundo lugar, como sociedad externa, que gira en el tráfico bajo una razón social unificada²⁷⁴.

1.3 La sociedad comanditaria es, en fin, sociedad mercantil, en el sentido de que constituye un tipo formado históricamente en atención a las exigencias de la actividad comercial e industrial y codificada en el Derecho Mercantil de sociedades. La naturaleza mercantil de la sociedad se manifiesta necesariamente en el plano objetivo –mercantilidad del tipo– no así en el plano subjetivo –mercantilidad del sujeto–, dado que – como sabemos– la forma comanditaria puede ser igualmente adoptada para objetos civiles.

1.4 Coexisten socios colectivos²⁷⁵, cuyo régimen es igual al de los socios que forman parte de la sociedad colectiva, con los socios comanditarios, cuyas notas características son su responsabilidad limitada por las deudas sociales y no participación en la gestión social²⁷⁶.

²⁷² Cfr Villegas, C, *Op. Cit.*, pág. 151 y ss

²⁷³ Diferencia entre sociedad comanditaria y las cuentas en participación: Es cierto que la sociedad comanditaria está emparentada funcionalmente con las cuentas en participación. Su estructura, no obstante, es muy distinta. La sociedad comanditaria es única -hay un sólo contrato de sociedad que liga a todos los socios colectivos y comanditarios y en el que unos y otros participan en un plano de igualdad, salvadas ciertamente sus diferencias estructurales de posición, y en ella, el vínculo del comanditario tiene relevancia ad extra. Las cuentas en participación concertadas por una sociedad colectiva constituyen un contrato separado del de sociedad, y además, el vínculo que ponen en pie sólo tiene trascendencia interna: el cuenta participe no responde frente a terceros.

²⁷⁴ Art. 193 CC

²⁷⁵ Art. 192-200 CC

²⁷⁶ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, pág. 270 CC

1.5 La denominación social es de carácter subjetivo y está formada por el nombre de los socios colectivos o de una parte de ellos²⁷⁷.

1.6 Es parte limitada y parte ilimitada en relación a la responsabilidad de los socios²⁷⁸.

1.7 Solamente los socios colectivos, es decir, los responsables ilimitadamente, pueden figurar en la razón social²⁷⁹.

1.8 El extraño cuyo nombre se incluya en la razón social, responderá ilimitadamente.

1.9 Junto a los nombres del comanditado (gestor o gestores) que integran la razón social, seguido de la palabra y compañía u otras equivalentes, cuando en ella no figure el nombre de todos los socios, se agregarán siempre las palabras "sociedad en comandita" o su abreviatura S. en C, cuya omisión determinaría que la sociedad fue considerada como colectiva²⁸⁰.

1.10 Tiene autonomía patrimonial.

2. Órganos de la sociedad en comandita

Los órganos mediante los cuales funciona y se exterioriza la sociedad en comandita, pueden ser²⁸¹:

2.1 *Junta de Socios*: El Código no reglamenta la Junta de Socios de las comanditas. En general son válidas y aplicables a éste órgano social las premisas y reglas que expuestas sobre la sociedad colectiva.

2.2 *Administradores*: Son los socios gestores que responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales. Respecto al carácter, nombramiento, facultades, derechos y responsabilidades, etc. Son aplicables las disposiciones legales que rigen a los socios colectivos²⁸².

²⁷⁷ Art. 193 CC

²⁷⁸ Arts. 182-194-195-199 CC

²⁷⁹ Art. 193 CC

²⁸⁰ Art. 194 CC

²⁸¹ Cfr. García Rondón, *Op. Cit.*, Págs. 205, 206, 207

²⁸² *Id*

2.3 Órgano de Vigilancia: Es incuestionable que los socios comanditarios tengan derecho a designar un interventor, puesto que sufren prohibiciones de *inmixtion*. Pero parece que la ley no prevé si los socios comanditados no administradores tienen iguales derechos²⁸³.

3. Constitución de la sociedad y firma de la sociedad en comandita simple

3.1 Constitución

En la escritura social de la compañía en comandita, constarán las mismas circunstancias que en la colectiva de acuerdo al artículo 123 del Código de Comercio, se le añade la palabra "*sociedad en comandita*"²⁸⁴.

Para Sánchez Calero²⁸⁵, los requisitos de constitución no son suficientes, porque no es exactamente igual la situación de los socios en una sociedad en comandita que en una sociedad colectiva. La comanditaria es de esencia la existencia durante toda la vida de la sociedad de dos clases de socios, los colectivos y los comanditarios. Además, la presencia de éstos hace que en el régimen jurídico de la sociedad, tanto en las relaciones jurídicas internas como en las externas se produzcan diferencias.

En la constitución de la sociedad comanditaria se deberá hacer constar:

- Identidad de los socios comanditarios.
- La aportación que haga o se obligue a hacer cada comanditario, con expresión de su valor cuando no sean dinerarias.
- Régimen de adopción de acuerdos sociales.

3.2 Modificación de la escritura social

Para modificar el contrato será necesario el consentimiento de todos los socios colectivos y el de los comanditarios, a no ser que se disponga otra cosa en la propia escritura, cuyas disposiciones habrán prevalecer²⁸⁶.

²⁸³ *Id*

²⁸⁴ Artos. 123-194 CC

²⁸⁵ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.* pág. 272

²⁸⁶ Art. 3193 C, 122 CC

3.3. Razón social

La razón social se forma de una manera similar a la sociedad colectiva, pero con algunas modificaciones.

La razón social, comprenderá: el nombre o razón de comercio de uno o varios socios gestores. El nombre de los socios comanditarios no puede formar parte de la razón social, y si lo hicieren, responderán a terceros solidariamente junto a los socios gestores, salvo que en la escritura de sociedad hubiesen limitado su responsabilidad y la razón social llevase la palabra limitada²⁸⁷.

Cuando no todos los nombres de los socios gestores sean comprendidos en la razón social, ésta terminará por las palabras y compañía u otras equivalentes para expresar ésta. Se agregará siempre a la razón social las palabras en comandita. La omisión de esta última palabra o la de limitada, en su caso, dará a la sociedad el carácter de colectiva para el efecto de las responsabilidades ilimitadas y solidarias²⁸⁸.

4. Relaciones jurídicas internas²⁸⁹

4.1 Consideraciones generales

En relación a los socios colectivos éstos tendrán los mismos derechos y obligaciones que respecto a la sociedad colectiva²⁹⁰. En relación a los comanditarios se establecen algunas reglas especiales. Esto no obstante, según la doctrina, ha de partirse de que la sociedad en comandita simples, es una única sociedad y que tanto los socios colectivos como los comanditarios son socios, en principio, en plano de igualdad, si bien surgen algunas excepciones importantes respecto a éstos en lo relativo a la gestión de la sociedad y a su responsabilidad por las deudas sociales. Este principio se manifiesta en relación a la responsabilidad civil del socio comanditario y del socio colectivo, por los daños que éstos puedan causar a la sociedad. Existe, por consiguiente, entre todos ellos una comunidad de intereses y pesa también sobre el comanditario el deber de fidelidad respecto a la sociedad.

²⁸⁷ Art. 193 CC

²⁸⁸ Art. 194 CC

²⁸⁹ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, pág- 273-274

²⁹⁰ Arts. 192-200 CC

4.2 Obligaciones de aportación del comanditario

En la escritura debe hacerse constar claramente la aportación que el comanditario haga o se obligue hacer a la sociedad. Esta aportación desde un punto de vista doctrinario cumple una doble función, de señalar lo que el socio está obligado a aportar -su cuota de aportación y también el límite, hasta donde debe responder -suma de responsabilidad²⁹¹. Cuando las aportaciones sean de otro género al dinero, es decir, de bienes, aportaciones *in natura*-, se aplica para su valoración lo establecido en el artículo 3229 C.

La ley impone como sanción, que de ser limitada la responsabilidad de los socios comanditarios, al valor de los fondos porque se hayan obligado, pueden ser compelidos, en el caso de dolo, fraude, a devolver los dividendos que hayan recibidos²⁹².

4.3 Participación en las ganancias y pérdidas

Se aplica a los socios comanditarios el mismo criterio de distribución que a los socios colectivos, y por consiguiente, salvo pacto en contrario, se distribuirán en proporción a lo aportado²⁹³.

En relación a las ganancias, la ley establece que ninguna repartición podrá hacerse a los socios comanditarios, bajo cualquier denominación que sea, sino sobre las utilidades liquidas comprobadas en la forma determinada por la escritura social²⁹⁴.

Ni los socios comanditarios, ni los gestores podrán ser obligados a devolver las cantidades que, conforme a las estipulaciones del contrato social hayan percibido de las utilidades obtenidas en los períodos fijados en el mismo contrato, excepto el caso en que hayan obrado con dolo o fraude²⁹⁵.

Igual criterio habrá de seguirse en relación al reparto de las pérdidas, si bien, dada la limitación del riesgo que asume el comanditario en

²⁹¹ Art. 192 CC

²⁹² Art. 199 CC

²⁹³ Arts. 146-147-200-334 CC; 3240-3187 C

²⁹⁴ Art. 197 primer párrafo CC

²⁹⁵ Arts. 198-199 CC

la sociedad, ha de entenderse que las pérdidas no podrán superar el importe de su cuota de aportación²⁹⁶.

4.4 Prohibición de inmixción del comanditario en la gestión social

La gestión está encomendada a los socios colectivos, las cuales deberán regirse por las normas de la sociedad colectiva. A los comanditarios se les prohíbe que lo hagan. Esta prohibición, tiene un carácter histórico que no está en la actualidad justificada y debe limitarse a todo acto administrativo que pueda tener alguna trascendencia externa, con el fin de que los terceros, no puedan estimar que se trata de un socio colectivo; aspecto externo que aflora en la enunciación de la prohibición que se extiende a la calidad de los apoderados. La prohibición terminante, no debe afectar a los actos administrativos que tengan un simple alcance interno, en la que la escritura podrá dar entrada a los comanditarios²⁹⁷.

Esta prohibición la percibimos en el artículo 193 CC, indicando que los socios comanditarios no podrán formar parte de la razón social y si lo hicieren responden frente a terceros de manera solidaria con los socios gestores, salvo que la escritura hubiere limitado su responsabilidad y la razón social lleve la palabra "limitada". Sólo en éste caso apunta el Art. 195 CC, podrá el socio comanditario ejercer cualquier acto de administración.

4.5 Derecho de información del comanditario

El socio comanditario tiene limitado este derecho de información sobre la marcha de la sociedad, que sólo podrá hacerlo en la forma establecida en el contrato social. Así lo describe el art. 196 CC, indicando que los socios comanditarios no podrán imponerse del estado general de los negocios, sino en las épocas fijadas por el contrato social. Sin embargo la ley autoriza que el socio comanditario solicite ante autoridad competente la exhibición de los libros y papeles sociales.

²⁹⁶ Art. 192 CC

²⁹⁷ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, Op. Cit, Pág. 710 y ss

5. Relaciones jurídicas externas

5.1 Representación de la sociedad

Por lo general, los socios comanditarios, no se encargan de la gestión social, solamente los socios colectivos, por lo que tienen una prohibición de *inmixción*. Por lo tanto, están privados de las facultades de representación. Pero según el artículo 195 CC expresa que éstos podrán ejercer la administración, siempre que hubieren limitado su responsabilidad, de conformidad a lo establecido en el artículo 193 CC.

5.2 Responsabilidad del comanditario por las deudas

La responsabilidad de los comanditarios por las deudas sociales, queda limitado al importe de lo que se hubiera comprometido aportar a la sociedad²⁹⁸.

Si el comanditario no cumple con su obligación de aportar o no lo ha hecho en su totalidad, se le concede a los acreedores una acción directa frente a él para reclamarle lo que falte de aportar.

El socio comanditario puede responder ilimitadamente, como apuntó el artículo 193 segundo párrafo, 197 segundo párrafo CC, en que caso de que incluya el nombre del socio comanditario en razón social, siempre que se haga con su consentimiento, por que según la doctrina, si éste no manifiesta su consentimiento, ésta responsabilidad ilimitada no opera. Pero aunque responda ilimitadamente sigue siendo socio comanditario y no se transforma en colectivo.

Régimen legal aplicable a las comanditarias simple

Todas las disposiciones sobre las compañías en nombre colectivo, son aplicables a la sociedad en comandita simple, salvo las excepciones establecidas en este capítulo respecto a los socios comanditarios²⁹⁹.

²⁹⁸ Art. 192 CC

²⁹⁹ Art. 200 CC

TERCERA PARTE

SOCIEDADES CAPITALISTAS

CAPÍTULO IV

GENERALIDADES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. Antecedentes de las sociedades anónimas

Algunas fórmulas societarias de tiempos antiguos y medievales presentan cierta similitud con la sociedad por acciones modernas. En la época romana las llamadas "sociedades de publicanos", y en la edad media las *maone* y *monti* en Italia (*Las maone eran sociedades que obtenían del Estado la concesión relativa a una expedición colonial y el monopolio de artículos coloniales. Las monti eran agrupaciones de acreedores del Estado. Y el capital de todas estas entidades estaba representado por partes cesibles. Se cita con frecuencia el Banco de San Jorge, fundado en Génova en 1409, como una de las primeras sociedades por acciones, aunque en realidad era una asociación de tenedores de títulos del Estado*), y otras fórmulas en distintos países (*Diversas formas de sociedades cooperativas germánicas, especialmente navieras y mineras; las gilds of merchants inglesas*), han sido con frecuencia consideradas como el origen de la sociedad anónima. Pero en realidad, se trata de antecedentes más o menos semejantes que no tuvieron ninguna influencia en el origen de la sociedad por acciones modernas. El verdadero origen de la sociedad por acciones en su forma actual se encuentra en las grandes sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII. En los países del continente europeo, estas compañías se formaron al margen del contrato clásico de sociedad. No eran en realidad sociedades, sino entidades de derecho público que se creaban mediante una concesión especial del rey, en cada caso, . Y era esta concesión la que constituía la compañía y regía su funcionamiento, sin que existieran leyes generales aplicables al conjunto de tales asociaciones³⁰⁰.

Las sociedades por acciones tuvieron, pues, su origen en las compañías coloniales del siglo XVII, pero en su forma moderna se reglamentó con carácter general en el Código Francés y luego en otros países, así como en las leyes generales inglesas y de los Estados Unidos. En Francia, el código de 1807 la denominó sociedad

³⁰⁰ Cfr Solá Cañizare, *Op. Cit*, pág. 317 y ss

anónima –*société anonyme*–, y ésta denominación, no muy adecuada fue adoptada por numerosos códigos de comercio, pero en muchos países especialmente los germánicos se les llamó “sociedades por acciones”-*Aktiengesellschaft*- sin perjuicio de reglamentar también las sociedades comanditas por acciones. En Inglaterra, la formula equivalente a la sociedad anónima se denominó *Joint Stock Compañía*, pero a partir de 1862 las sociedades incorporadas se conocen como *companies*. En Estados Unidos se generalizó el nombre de *corporation*, denominándose *private corporation* y para indicar que es por acciones, *stock corporation*. Es así, que llegó a la sociedad anónima moderna mediante dos procesos paralelos, pero distintos: uno en los países de derecho continental, y otro de derecho *common law*. La sociedad anónima continental que surgió en el Código de Comercio Francés de 1807, y que se configuró en la ley francesa de 1867, fue creada en otros países europeos y latinoamericanos bajo principios semejantes³⁰¹.

Según el autor Español Ignacio Lojendio Osborne³⁰², la sociedad anónima se desarrolló sobre todo durante los siglos XIX y XX como vehículo del progreso e instrumento apropiado para las grandes obras públicas y empresas industriales o comerciales, hasta adquirir una importancia muy superior a la de cualquier otra forma social, que hoy conserva por muchas razones.

En el caso de Nicaragua, el Código de Comercio de 1869 establecía un régimen legal de las sociedades anónimas en los artículos 141, 148, 149 al 162 y los artículos 163 y siguientes eran reglas comunes para las sociedades mercantiles.

El éxito de las sociedades anónimas radica en dos grandes rasgos que la caracterizan:

- La división del capital en acciones que son fácilmente transmisibles.
- La responsabilidad limitada de los socios por las deudas de la sociedad.

³⁰¹ *Id*

³⁰² Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit*, Pág. 199

2. Régimen legal vigente

En la actualidad, el sistema jurídico mercantil nicaragüense regula la sociedad anónima en los artículos del 201 al 288 del Código de Comercio, promulgado el 20 de octubre de 1916, Gaceta No. 248.

3. Importancia de la sociedad anónima

De todas las formas sociales mercantiles, la sociedad anónima es la de mayor importancia por las siguientes razones³⁰³:

3.1 La división del capital en acciones, así la facilidad para la movilidad de éstas.

3.2 La sociedad anónima³⁰⁴, es la forma jurídica predispuesta para atender las peculiares exigencias organizativas y financieras de las grandes empresas, y como la más idónea para canalizar los capitales dispersos de los inversionistas hacia las actividades empresariales.

3.3 Por su configuración legal y estructura organizativa, la sociedad anónima es un tipo social especialmente adecuado para las empresas de mayor envergadura económica, que sin duda encuentran su paradigma en las grandes sociedades bursátiles o cotizadas que se financian en los mercados de capitales y que agrupan así en su base accionarial a cantidades ingentes de inversionistas.

3.4 Este tipo de sociedad sirve también a las necesidades y propósitos de las pequeñas empresas, e incluso no es infrecuente ver empleada la forma anónima al servicio de empresas de carácter familiar con participación de muy escasos socios.

³⁰³ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Págs. 768, 769

³⁰⁴ Comenta Uría que actualmente en Europa las sociedades anónimas se han visto desplazadas por las sociedades de responsabilidad limitada como tipo social más utilizado entre las sociedades de nueva creación. Aún así, la relevancia económica característica de las empresas de mayores dimensiones, y el grado de elaboración de su disciplina jurídica, que ha servido de modelo a las propias leyes de sociedades de responsabilidad limitada, a la que estas leyes especiales se remiten en numerosos aspectos y estudios de sus problemas y cuestiones (Uría-Menéndez-García, Pág- 766)

3.5 En el contexto internacional, por ejemplo en España, la importancia relativa de las diversas formas sociales en la práctica económica se ha visto notablemente alterada tras la entrada en vigor de nuevas leyes de sociedades anónimas³⁰⁵, como consecuencia de la exigencia de un capital mínimo y de mayor severidad en su regulación.

4. Concepto y carácter de la sociedad anónima

Nuestro Código de Comercio define a la sociedad anónima en el art. 201 CC *"La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivas acciones, administrada por mandatarios revocables, y conocida por la designación del objeto de la empresa"*

Ley de Sociedad Anónima del 25 de julio de 1989 según Real Decreto 1564/1989 de España: art. 1 *"la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales"*

Ley No. 18.046 Ley sobre Sociedades Anónimas. (Publicado D.O. 22.10.1981 Chile: art. 1. *"La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil"*

La ley de sociedades Comerciales de Argentina, Ley No. 19.550, texto ordenado por el anexo del decreto 841/84 B.O. 30/03/1984: art. 163.- *"El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscritas"*

Ley General de Sociedades Mercantiles de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 04/08/1934: Art. 87 *"Sociedad Anónima, es la que existe bajo una denominación y se compone*

³⁰⁵ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”

De acuerdo a las definiciones anteriores podemos concluir que la sociedad anónima es, en efecto, *una sociedad capitalista*, constituida *intuitu pecuniae*, en la que no interesan las condiciones personales de los socios, sino la participación que cada uno tenga en el capital social; es *una sociedad por acciones*, en las que el capital habrá de estar necesariamente dividido en partes alícuotas denominadas acciones, que confieren a su titular la condición de socio; *es una sociedad de responsabilidad limitada*, en el sentido de que el socio se obliga a aportar a la sociedad el importe de las acciones que haya suscrito, respondiendo frente a ella del incumplimiento de esa obligación, pero sin responsabilidad personal alguna por las deudas sociales, por lo que los acreedores sociales no pueden, en ningún caso, dirigir sus acciones contra los socios para la satisfacción de sus créditos; es *una sociedad con un patrimonio desvinculado del patrimonio familiar*, de cada socio, *la sociedad anónima*, como la sociedad de responsabilidad limitada, constriñe su responsabilidad frente a terceros al importe de su aportación social, aunque con ese límite real, responde ilimitadamente de sus obligaciones; es *una sociedad administrada por un directorio*, cuyos cargos pueden ser revocables; es *una sociedad de naturaleza mercantil*, aún cuando realice negocios civiles; son sociedades conocidas por la designación de su objeto; es *una organización colectiva capitalista*, al decir que la sociedad anónima es una sociedad, queremos decir indicar que implica, por esencia un conjunto de personas, una pluralidad de las mismas³⁰⁶.

5. Algunas distinciones relevantes de la sociedad anónima con otras formas societarias

5.1 De la sociedad colectiva, se diferencia porque ésta no tiene el capital dividido en acciones, ni conoce socios limitadamente responsables.

5.2 De la sociedad comanditaria simple, se diferencia por que en ella, además de la falta de división del capital en acciones, la responsabilidad limitada sólo alcanza a los socios comanditarios.

³⁰⁶ Arts. 202-270 CC

5.3 De la sociedad comanditaria por acciones, se diferencia, porque, en ésta, los accionistas encargados de la administración social responden ilimitadamente, y

5.4 De la sociedad de responsabilidad limitada, se diferencia porque ésta no puede tener el capital social dividido en acciones.

La diferencia fundamental que se identifica en todos los tipos sociales, es la responsabilidad limitada de los socios y el capital dividido en acciones.

6. Naturaleza mercantil de la sociedad anónima

Cualquiera que sea el objeto de la sociedad anónima, tendrá carácter mercantil³⁰⁷. El lucro, es un elemento natural de la causa, discrecional y renunciable³⁰⁸. No pueden existir sociedades anónimas de naturaleza civil, por el objeto. Debe advertirse que esta indeferencia por el objeto, no alcanza a permitir sociedad sin fin lucrativo, porque ello sería contradictorio con la propia definición legal de la sociedad³⁰⁹.

Nuestro Código de Comercio se refiere al carácter mercantil, en el artículo 1 y 6, expresando que las sociedades mercantiles o industriales se someten a las disposiciones del código³¹⁰.

Expresa Uría y Aurelio Menéndez, que la sociedad anónima ofrece la peculiaridad de tener siempre carácter mercantil, cualquiera que sea el objeto a que se dedique, quedando sometidas al régimen legal del Código de Comercio. No pueden existir sociedades anónimas de carácter civil³¹¹. En nuestro caso al igual que la legislación española artículo 1670 del Código de Civil Español y el artículo 3194 del Código Civil de Nicaragua, que faculta a las sociedades civiles

³⁰⁷ Art. 6-118-124 CC

³⁰⁸ El artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas 1564/1989 de España establece el carácter mercantil de las sociedades anónimas: Cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley”.

³⁰⁹ Cfr Rodríguez, J, *Op. Cit.* Pág. 233

³¹⁰ Art. 6 CC

³¹¹ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.* Pág. 771

por el objeto a que se consagren para revestir todas las formas establecidas en el Código de Comercio, no encuentran juego en el campo de las sociedades anónimas, todas las sociedades anónimas constituidas al amparo del Código de 1867 y posteriores a 1917 del Código actual, son sociedades mercantiles, quedando sometidas al conjunto de deberes y obligaciones que conforman el estatus jurídico de éste.

7. Referencia al régimen especial de algunas sociedades anónimas

El Código de Comercio es la ley fundamental para todas las sociedades anónimas, pero existen otras leyes especiales que de manera específica regulan a las sociedades anónimas dedicadas a ciertas actividades. Ejemplo: Instituciones Bancarias³¹², Instituciones de Seguros³¹³, Almacenes Generales de Depósito³¹⁴, Bolsa de Valores³¹⁵.

Cualquiera que sea la sociedad anónima constituida bajo las formas especiales mencionadas, éstas deben registrarse, en primer lugar, por las disposiciones que le sean específicamente aplicables y en segundo término por el Código de Comercio.

³¹² Ley No. 561, Gaceta No. 232 del 30 de noviembre de 2005. Art. 3. “Todo banco que se organice en Nicaragua deberá constituirse y funcionar como sociedad anónima de acuerdo con esta Ley, el Código de Comercio y demás leyes aplicables a este tipo de sociedades en cuanto no estuviesen modificados por la presente Ley..

³¹³ Ley No. 227 del 26 de julio de 1996 publicada en la Gaceta No. 150 del 12 de agosto de 1996. Art 2 “La actividad de asegurar y reasegurar solamente pueden ejercerla personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país como sociedades anónimas con sujeción al régimen legal establecido para éstas y a las disposiciones de la presente Ley que hubieran obtenido la autorización correspondiente del Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y quedarán sujetas a las disposiciones de la Ley Creadora de la Superintendencia de Bancos y a lo dispuesto en la Resolución que autoriza su constitución y operación. También podrán ejercer esta actividad los Entes Autónomos del Estado que sean autorizados para ello por su Ley constitutiva, siempre que se sujeten en lo que respecta a este ramo de actividad, a los mismos requisitos de operación señalados por esta Ley para las instituciones aseguradoras y reaseguradoras, todo lo cual deberá concertarse previamente con la Superintendencia”.

³¹⁴ Art. 131 y ss de la ley No. 561

³¹⁵ Decreto 33-93 del 21-06-93. Reglamento General sobre Bolsa de Valores. Art. 5 “Toda sociedad que se organice en el país como Bolsa, deberá de constituirse y funcionar previa autorización de la Superintendencia de Bancos, como sociedad anónima y de acuerdo al presente reglamento, el código de comercio, la ley general de bancos y otras instituciones, ley 125 y demás leyes aplicables. La bolsa no podrán constituirse con menos de diez socios y su objeto social deberá tener como finalidad única el ejercicio de la actividad bursátil y propiciar la realización eficaz de transacciones de valores.

8. Distintos subtipos o clases de sociedades anónimas

Además de las sociedades especiales, encontramos otras modalidades o sub-especies diversas de sociedades anónimas, en la que por medio de la autonomía de la voluntad se trata de adaptar el esquema legal a necesidades diferentes. Estas son las siguientes:

8.1 Sociedades Cerradas

Son aquellas sociedades en las que el número de socios es reducido, de forma que con frecuencia las condiciones personales de los socios son relevantes. Precisamente por eso es frecuente la existencia en sus estatutos de cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones. Los socios en esas sociedades participan en la Junta General y eligen efectivamente a los administradores, de forma que se mantiene una correlación entre la propiedad y la gestión de la misma, en el sentido de que son los socios que poseen la mayoría de capital los que la administran, directa o indirectamente. Las sociedades anónimas cerradas forman un número elevado de ellas. Unas son de carácter familiar, otras están formadas por socios unidos por lazos de confianza, también la figura de la sociedad cerrada abunda entre las sociedades filiales de grandes entidades o sociedades, formando parte de un grupo en el que la posición jurídica de los órganos de la sociedad filial se ven deformados al perder la sociedad su propia autonomía por estar sometida a una dirección única, que es la nota característica del grupo³¹⁶.

8.2 Sociedades abiertas

En este subtipo de sociedad, las condiciones personales de los socios carecen de importancia, lo relevante es el capital que aporta a la sociedad, por lo que se dice que la condición de socio es fungible, es decir, puede ser un socio u otro. Su base personal es muy amplia, hasta el punto de que para las reuniones de la Junta General está plenamente justificada su convocatoria, a través de los periódicos. Por otro lado la dispersión de las acciones entre un gran número de accionistas consiente que una minoría organizada puede hacerse con el control de la sociedad, produciéndose una separación entre la propiedad y el control, y por consiguiente, entre la propiedad de

³¹⁶ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 290

las acciones y la administración de la sociedad, lo que implica, a la larga, que el accionista se desinteresa de la vida de la sociedad y se preocupa fundamentalmente del valor de sus acciones en Bolsa, cuando estas acciones llegan a ser admitidas a cotización en ella. Dentro de las sociedades abiertas tienen una especial significación las cotizadas o bursátil, entendiéndose por tales aquellas sociedades cuyas acciones están siendo cotizadas en bolsa³¹⁷.

La ley No. 18046 de Sociedad Anónima de Chile, la regula las sociedades anónimas abiertas y cerradas: Art. 2. *"Las sociedades anónimas pueden ser de dos clases: abiertas o cerradas. Son sociedades anónimas abiertas aquellas que hacen oferta pública de sus acciones de conformidad a la Ley de Mercado de Valores; aquellas que tienen 500 o más accionistas y aquellas en las que a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas. Son sociedades anónimas cerradas las no comprendidas en el inciso anterior, sin perjuicio de que voluntariamente puedan sujetarse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. Las sociedades anónimas abiertas quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante la Superintendencia, y deberán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y observar las disposiciones legales especiales que les sean aplicables. Cada vez que en esta ley se haga referencia a las sociedades sometidas a la fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia, o se empleen otras expresiones análogas se entenderá, salvo mención expresa en contrario, que la remisión es a las sociedades anónimas abiertas. Las disposiciones de la presente ley primarán sobre las de los estatutos de las sociedades que dejen de ser cerradas, por haber cumplido con algunos de los requisitos establecidos en el inciso segundo del presente artículo. Lo anterior es sin perjuicio de la obligación de estas sociedades de adecuar sus estatutos a las normas de la presente ley, conjuntamente con la primera modificación que en ellos se introduzca"*.

8.3 Sociedades Anónimas Familiares

Éstas moralizan el régimen legal, para garantizar la solidaridad del grupo familiar fundador mediante restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, sindicato de voto, etc; generalmente

³¹⁷ *Ibid*, Pág. 291

con apoyo en un "protocolo familiar" que contiene pactos para-sociales que aseguran la cohesión del control familiar³¹⁸.

8.4 Sociedades unipersonales

Pueden ser originarias, constituidas por un solo fundador y sobrevenidas, por concentración de las acciones en una sola mano, pueden ser de capital/control privado y de capital/control público³¹⁹.

8.5 Sociedades anónimas como forma de empresas en participación

Son las denominadas "*Joint Venture*", de concentración económica, donde puede hablarse de una doble sociedad; la regulada en la ley y en los estatutos de la sociedad anónima y la regulada por la ley o en el contrato de joint venture, que moraliza el funcionamiento de aquella³²⁰.

8.6 Sociedades Anónimas que se crean como unión de empresas de carácter mutualístico.

En práctica española pueden funcionar sin obtener beneficios sociales repartibles en proporción a las participaciones. (Sociedades anónimas de panaderos, de farmacéuticos, etc)³²¹.

9. El capital social

Según Ignacio Logendio³²², el capital social, es metafóricamente, como un capital con personalidad jurídica. El capital social que consta en la escritura de constitución tiene importancia económica y contable, cumple como función, servir de garantía respecto de terceros en cuanto sirve como punto de referencia para exigir la efectiva aportación patrimonial a la sociedad y la debida retención del patrimonio existente.

³¹⁸ Cfr Chuliá, Vicent, *Op. Cit.*, Pág. 294

³¹⁹ *Id*

³²⁰ *Id*

³²¹ *Id*

³²² Cfr Logendio Osborne, *Op. Cit.* pág. 203

Para Fernando Sánchez Calero³²³, el capital social constituye uno de los conceptos fundamentales dentro del régimen de la sociedad anónima. Se ha llegado a decir que éste es un capital con personalidad jurídica.

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez³²⁴, La sociedad anónima es una sociedad de capital fundamental, de tal modo, que no puede existir sin la integración del mismo. El capital o fondo de capital es una cantidad matemática, que expresa el importe que debe tener el patrimonio neto de la sociedad; concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las acciones en que está dividido. El capital social, como tal cifra, valor numérico, debe fijarse forzosamente en la escritura constitutiva, que deberá contener el importe del capital social.

Vicent Chuliá³²⁵, lo define como una mención indispensable de los estatutos sociales y una cifra indispensable del pasivo en el balance inicial de la sociedad.

Podemos concluir, que el capital social o nominal es la cifra expresada en dinero, que aparece determinada en el contrato social, que va a figurar en el balance bajo esa denominación y que representa –en principio- el importe de las aportaciones de los socios, o de lo que se han comprometido aportar.

Junto al capital nominal aparece el llamado con frecuencia “*capital real o efectivo*”, que se refiere al patrimonio neto de la sociedad y que está formado por el valor de las aportaciones realizadas por los socios, que se han de deducir del conjunto de deudas contraídas por la propia sociedad. Mientras que en el momento fundacional se produce normalmente una equivalencia entre el capital social o nominal y el patrimonio neto o capital real, una vez que la sociedad comienza sus actividades la coincidencia desaparece, ya que mientras el capital social permanece estable en cifras fijadas por los estatutos, el valor del patrimonio neto o capital real, varía, pues puede incrementarse su valor, como consecuencia de esa actividad, o reducirse³²⁶.

³²³ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 293

³²⁴ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 241

³²⁵ Cfr Chuliá Vicent, *Op. Cit.*, Pág. 308

³²⁶ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.* Pág. 293

9.1 Diferencia entre capital y patrimonio

La función que cumple el capital social obliga a distinguir con claridad su concepto del de patrimonio. *El capital social*, es la cifra estable que aparece en la escritura de constitución. *El patrimonio*, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad. Puede haber coincidencia formal entre el patrimonio y el capital, pero puede no coincidir realmente con el valor real del patrimonio de la sociedad. El patrimonio será superior si el valor de los bienes de la sociedad es mayor del que aparece en el balance y hay por tanto, reservas tácitas u ocultas. Es preocupante, cuando el patrimonio sea inferior al capital, puesto que la sociedad responde ilimitadamente de sus deudas con su patrimonio, pero los socios no responden, la ley quiere que el tercero pueda confiar en que a la cifra de capital inscrita en el Registro corresponda un efectivo patrimonio³²⁷.

9.2 Importancia del capital social

La importancia del capital se pone de relieve al examinar los principios que presiden su regulación y las manifestaciones de los mismos³²⁸.

9.2.1 Función organizativa: El capital social, al estar necesariamente dividido en acciones, cumple una función importante a los efectos de la organización de la sociedad, ya que la titularidad de éstas determina en definitiva la posición jurídica de los socios dentro de la propia sociedad.

9.2.2 Función de garantía: También el capital social desarrolla un régimen de defensa del patrimonio neto de la sociedad, en garantía de los acreedores sociales, dada la falta de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales.

9.2.3 Función empresarial: Por último se dice que el capital de modo indirecto, al exigir una efectiva aportación patrimonial, cumple la función de allegar los medios necesarios para desarrollar el objeto social, esto es, una función económica-productiva, la cual lleva a exigirse que la sociedad disponga del capital suficiente y adecuado para alcanzar el fin social, pues en otros casos la sociedad estará infracapitalizada.

³²⁷ Cfr Logendio Osborne de Jiménez, *Op. Cit* Pág. 203

³²⁸ Cfr Chuliá Vicent, *Op. Cit*, Págs. 308, 309

La necesidad de que exista un capital perfectamente determinado en su cifra global y en su división en acciones hace que se hable de los principios de esencialidad, existencia, determinación y división de acciones.

9.3 Principios ordenadores del capital³²⁹

9.3.1 *Principio de estabilidad y permanencia*: Hacen referencia a que la cifra del capital sólo puede cambiar cuando se produzca formalmente una modificación de la escritura social, entre tanto el capital permanece inalterable, en el sentido de que la cifra formal del capital, que está fijada en la escritura permanece estable mientras éstos no se cambien, ha de corresponder una efectiva aportación patrimonial³³⁰. Sin embargo existen tipos muy específicos de sociedades anónimas especiales que operan bajo el principio del capital variable³³¹ –*sociedad de garantía recíproca*³³² y *sociedades de inversión mobiliaria de capital variable*–

9.3.2 *Principio de Integridad*: En virtud del cual, a la cifra del capital debe responder una efectiva aportación patrimonial, exigiendo la ley la suscripción total del capital o en su caso al menos el mínimo que determina la ley. La suscripción íntegra del capital, implica que todas las acciones estén asumidas o suscritas en firme, por personas con capacidad para obligarse³³³. Esta exigencia ha venido a prohibir la práctica de las llamadas acciones en cartera, consistentes en conservar sin suscribir un cierto número de las acciones integrantes del capital, ya en el momento fundacional, ya en los ulteriores aumentos del mismo, dejando al arbitrio de los administradores la elección del momento propicio para entregarlas a la suscripción de los socios o de terceros³³⁴.

³²⁹ Cfr Uría, Rodrigo, *Op. Cit.*, Pág. 777 y Jiménez, *Op. Cit.*, Págs. 203,204,205

³³⁰ Arts. 124.7-210 CC

³³¹ Actualmente regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana en los artículos 213 siguientes

³³² Introducidas en España por el Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero. Posteriormente, el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, reguló el régimen fiscal y financiero de estas sociedades hasta su derogación por la Ley 1/1994, de 11 de marzo, que establece su vigente marco legal, junto con el Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre, relativo a las normas de autorización y requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca.

³³³ Arts. 124.9-216.2-206-228 CC

³³⁴ Arts. 124.7.8-228-216.2 CC

9.3.3 Principio de la intangibilidad o de la estabilidad del capital: Obedece a la preocupación de que no salga del patrimonio de la sociedad, si ello supone que quede reducido por debajo de la cifra del capital social. La principal manifestación de este principio la encontramos en el caso cuando la ley permite repartir dividendos con cargos al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición y que prohíbe repartir cuando el patrimonio sea inferior al capital social³³⁵.

9.3.4 Principio de la determinación: El capital habrá de estar determinado y precisado en la escritura, expresando su importe y el número de acciones en que estuviera dividido, el valor nominal de las mismas, su clase o serie, si existieran varias, y si están representadas por títulos, nominativos o al portador, o por medio de anotaciones en cuenta. La omisión de requisito puede causar la nulidad de la sociedad³³⁶.

Este principio puede tener alguna excepción, ya que en ciertas sociedades anónimas especiales se admite las sociedades con capital variable, como son las sociedades de inversión mobiliaria de capital o las sociedades de garantía recíproca.

9.3.5 Principio de la suscripción y desembolso mínimo: Este principio establece que la totalidad de las acciones que integran el capital social estén suscritas por los socios en el momento de la fundación y desembolsado al menos una parte. Entiéndase por suscripción, el acto por el que una persona declara su voluntad de ser socio mediante la adquisición de una o varias acciones. De la suscripción nace la obligación de aportar y en consecuencia, el crédito, de la sociedad frente al socio por la parte no desembolsada. Al estar el capital totalmente suscrito, y aunque no esté desembolsado, la existencia del mencionado crédito de la sociedad permite que el patrimonio se integre debidamente. Por eso, en atención al principio de integración, no pueden admitirse suscripciones que lo pongan en peligro.

No valen las suscripciones por fracciones, ni las sometidas a condición, ni las realizadas por incapaces sin completar debidamente la capacidad; ni las que sean por debajo del valor nominal, ni las

³³⁵ Arts. 239-259-293 CC

³³⁶ Arts. 3181-3229 C; 124.7.8 CC

que tengan el propósito de pagarse mediante servicios; es decir, mediante aportaciones que, como veremos, no son admisibles. Tampoco se admite la suscripción de acciones emitidas por la sociedad dominante y prevé la infracción de la prohibición en que cuyo caso obliga a liberar esas acciones a los fundadores o promotores y en caso de aumento de capital, a los administradores, con lo que se atiende a las exigencias de la debida integración. También se prevé la responsabilidad de las mismas personas en caso de suscripción por personas interpuestas³³⁷.

En nuestro caso el artículo 206 del Código de Comercio establece que ninguna compañía anónima podrá comenzar sus operaciones mientras no tuviere suscrita siquiera la mitad del capital social, y en dinero efectivo, el 10% del capital que consista en numerario. Pero, en el caso de constituirse sociedades anónimas a través de suscripción pública el artículo 220 establece que deberá ser íntegramente suscrito el capital social.

Según podemos observar en el artículo 206 CC, cuando el accionista tiene pendiente la obligación de aportar, el crédito que la sociedad tiene frente al socio, que se denomina dividendo pasivo, forma parte del activo social y por lo tanto del patrimonio.

De acuerdo a la ley de sociedad anónima de España: Art. 12 No podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de sus acciones. La ley General de Sociedades Mercantiles de México en su artículo 89 numeral II establece que el capital debe estar íntegramente suscrito y que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos el 20% del valor de cada acción pagaderas en numerario, exhibiendo íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerarios.

En cuanto al capital mínimo requerido para constituir una sociedad anónima en Nicaragua, el Código de Comercio no establece un capital mínimo, en cambio el artículo 17 de la ley 561 "LEY GENERAL DE BANCOS, INSTITUCIONES FINANCIERAS NO BANCARIAS Y GRUPOS FINANCIEROS" establece que *"el capital social de un Banco nacional o sucursal no podrá ser menor de: C\$200, 000,000.00 dividido en acciones nominativas e inconvertibles al portador. El Consejo*

337 Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 222

Directivo de la Superintendencia de Bancos actualizará el monto del capital social mínimo requerido por lo menos cada dos años en caso de variaciones cambiarias de la moneda nacional, y deberá publicarlo en un diario de amplia circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta, Diario Oficial. En dicho caso, los bancos cuyos capitales se encuentren por debajo del capital mínimo actualizado, deberán ajustarlo en el plazo que fije el Consejo Directivo de la superintendencia de Bancos, no mayor de un año. Mediante resolución de la Superintendencia de Bancos. Igualmente la Bolsa de Valores, Almacén General de Depósito, se constituyen por un capital mínimo establecido por la ley que los regula o por la superintendencia de Bancos". El Art. 174 de la ley citada establece que "Mientras no se dicte una nueva ley sobre Almacenes Generales de Depósitos, compañías de seguro, sociedades de bolsa, el capital social mínimo de dichas sociedades será el siguiente:

Sociedades financieras: C\$33, 000,000.00

Almacenes Generales de Depósito: C\$20, 000,000.00

Compañías de seguros (Ramo de daños: C\$11, 500,000.00; Ramo de personas: C\$11, 500,000.00; Ambos ramos: 19, 500,000.00)

Bolsa de Valores: C\$5, 000,000.00

Puestos de Bolsa: C\$850,000.00

El consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos actualizará el monto del capital mínimo requerido por lo menos cada dos años en caso de variación cambiaria de la moneda nacional y deberá publicarlo en un diario de amplia circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Diario Oficial".

9.3.6 Principio de la realidad: Como mínima defensa de los acreedores sociales, la legislación mercantil se opone a la creación de sociedades con capitales ficticios. Por eso se establece que el capital se integrará por las aportaciones de los socios y es nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. El importe nominal del capital social habrá de cubrirse con bienes realmente aportados a la sociedad por los socios o eventualmente por la propia sociedad, como ocurre en los aumentos de capital con cargo a reservas³³⁸. Doctrinalmente se divide este principio en subprincipios: el de suscripción y el de

³³⁸ Arts. 124.7.8-201 CC

exhibición del capital. El primero, ya fue abordado, pero cabe aclarar que el capital fundacional debe estar íntegramente suscrito³³⁹; lo cual significa que al momento de la constitución de la sociedad, los accionistas deben quedar obligados a exhibir el importe de las aportaciones que hubieren ofrecido, aunque el pago no sea total en ese momento. La razón de la exigencia legal de que el capital social sea íntegramente suscrito es fácil de comprender: si los socios no se obligaran a realizar aportación alguna es obvio que el contrato social no llegará a cobrar vida jurídica por falta de objeto³⁴⁰. El subprincipio de exhibición del capital, establece que se exhiba una parte del capital en dinero en efectivo y que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos del numerario³⁴¹.

9.4 La no responsabilidad de los socios por las deudas sociales

Ignacio Logendio³⁴², expresa que la afirmación de que el socio goza del beneficio de limitación de responsabilidad, no es del todo precisa, es más correcto hablar de *riesgo limitado*. El socio sólo arriesga lo que aporta o lo que se obliga a aportar. Los socios responden frente a la sociedad de su obligación de los dividendos pasivos ilimitadamente con todo sus bienes presentes y futuros, en cambio no responderán personalmente por las deudas sociales. Los terceros sólo podrán recurrir a la vía subrogatoria³⁴³, para exigir al socio el pago de los dividendos pasivos. No cabe la acción directa. En el caso de aquellas legislaciones que reconocen las sociedades unipersonales, se aplica también esta misma regla de no responsabilidad. El problema que se presente en la aplicación de este principio de la sociedad anónima "la no responsabilidad" puede ocasionar problemas derivados del abuso de la figura, utilizada a través de los testaferros, para encubrir verdaderos comerciantes individuales que requieren salvar su responsabilidad, esta práctica hace que puedan a veces, estar justificado el "*levantamiento del velo*" de la personalidad jurídica.

³³⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua y el Diccionario para juristas de PALOMAR DE MIGUEL, Luis, el verbo suscribir o subscribir, son empleadas en forma correctas, significan: "obligarse a contribuir con otros al pago de una cantidad"

³⁴⁰ Cfr García Rendón, *Op. Cit.*, Págs 292, 293

³⁴¹ *Ibid*, Pág. 293

³⁴² Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 205

³⁴³ Nuestra legislación civil reconoce esta acción en el artículo 1870: "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, para realizar cuanto se les deba, pueden ejercitar todas las acciones y derechos de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona..." -

9.5 Capital suscrito

Es la parte del capital autorizado que los socios se comprometen a pagar. Este rubro corresponde a los aportes que los socios entregan a las compañías y que pueden ser pagados al contado o plazo³⁴⁴.

9.6 Capital desembolsado

Es la parte del capital suscrito que ha ingresado al haber social, esto es, la suma que ha sido efectivamente cancelada por los socios³⁴⁵.

9.7 Medidas legales en defensa del capital

9.7.1 Sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones o dinerarias³⁴⁶.

9.7.2 La prohibición de emitir acciones por debajo de la par³⁴⁷. Recordemos que las acciones representan partes alícuota del capital social; por lo tanto, no podrán ser emitidas por una cifra inferior a su valor nominal.

9.7.3 La obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios³⁴⁸.

9.7.4 La facultad de los acreedores sociales de oponerse a las reducciones de capital en determinados supuestos³⁴⁹.

9.7.5 La prohibición de pagar dividendos a las acciones cuando no sea con beneficios realmente obtenidos³⁵⁰.

9.7.6 La prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición o a la aceptación en garantía de acciones propias ya emitidas, así como la prohibición de que la sociedad preste asistencia financiera para la adquisición por un tercero de sus propias acciones³⁵¹.

³⁴⁴ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 2001

³⁴⁵ Art. 124.9 CC

³⁴⁶ Arts. 124.7 CC; 3181-3229-3230 C

³⁴⁷ Art. 124.8-224 CC

³⁴⁸ Arts. 124.12-249 CC

³⁴⁹ Art. 215 CC

³⁵⁰ Art. 259 CC

³⁵¹ Art. 233 CC

9.8 División del capital en acciones³⁵²

El capital social debe estar dividido en acciones, éstas cobran singular importancia, porque las acciones han sido en todo tiempo el concepto central de la sociedad anónima, hasta el punto de que en un buen número de países denomina a esta sociedad como "*sociedad por acciones*". Las acciones representan invariablemente una parte del capital, confiriendo a su titular la condición de socio y sirviendo de modelo de los derechos correspondientes al accionista, mientras más acciones tengan los accionistas, más derechos tienen, salvo que se trate de acciones sin voto³⁵³.

La división del capital en acciones no es típicamente exclusiva de las sociedades anónimas, ya que también la sociedad en comandita por acciones presenta su capital dividido de este modo³⁵⁴. En otros derechos, existe la posibilidad de que el mismo esté dividido en cuotas. Según Joaquín Rodríguez, las sociedades anónimas por cuotas tenían una firme tradición en México, en las sociedades mineras, en las que las cuotas se denominaban barras, pero hoy han desaparecido³⁵⁵.

10. Denominación de la sociedad anónima

Rodrigo Uría³⁵⁶, opina que la sociedad anónima funciona bajo una denominación social, que sirve para identificar y diferenciar a la sociedad como centro de imputación de las relaciones jurídicas. La denominación social puede consistir en una *denominación subjetiva* o razón social³⁵⁷, formándose con los nombres de los socios existente o que hayan existido o por *denominación objetiva*, referida a la

³⁵² Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Pág. 778

³⁵³ Artos. 124.8-201-224 CC

³⁵⁴ Art. 287 CC

³⁵⁵ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 239

³⁵⁶ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Pág. 771

³⁵⁷ La Dra. Azucena Navas en el texto de Curso Básico de Derecho Mercantil. Bitecsa, 1era-Edición 2002, expresa que la sociedad anónima carece de razón social, por cuanto el legislador se ha reservado éste para los socios con responsabilidad ilimitada y solidaria. Tiene en cambio denominación social; requisito éste de carácter esencial en todo contrato de sociedad, existiendo gran libertad en lo referido a su elección ya que pueden integrarse con el nombre de uno o de más personas de existencia visible, sea o no socios de la compañía y sin que ello signifique responsabilidad alguna respecto de los individuos cuyo nombre integra la denominación social, o puede consistir también en un nombre de fantasía-

actividad económica de la sociedad o ser de mera fantasía³⁵⁸. Es necesario que la denominación lleve la indicación de "sociedad Anónima" o su abreviatura "S.A.". De acuerdo al BJ 18808 del 8 de Julio de 1957 en su parte esencial señala transcribiendo una cita de Vivante dice: *"Las sociedades anónimas pueden usar como denominación el nombre de una persona"*.

Dada la finalidad identificadora que desempeña la denominación, se prohíbe adoptar una identificación idéntica a la de otra sociedad pre-existente. En casos de liquidación, la denominación de la sociedad irá siempre seguida de las palabras: en liquidación. Una sociedad puede cambiar o alterar su denominación social en cualquier momento, sin que ello implique la extinción de su personalidad jurídica o el nacimiento de un nuevo ente societario³⁵⁹.

11. Nacionalidad, domicilio y sucursales

Las sociedades constituidas en Nicaragua, serán nicaragüenses y se regirán de conformidad a las leyes mercantiles. El domicilio ha de ser una mención necesaria en el acta constitutiva³⁶⁰, el Código Civil regula el domicilio en el art. 34 C, señalando que el domicilio de las corporaciones, asociaciones, establecimientos bancarios y demás reconocidos por la ley, es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales, con tal que el domicilio que en ellos se determine, esté dentro de la demarcación territorial sujeta a la ley³⁶¹. El domicilio de las agencias o sucursales de compañías o instituciones extranjeras, respecto de las negociaciones verificadas en Nicaragua, será el nicaragüense; y se reputarán como sus representantes legales, los apoderados o agentes constituidos en la República³⁶². Las sucursales que la sociedad establezca deben inscribirse en el Registro de Comercio del respectivo departamento. Al efecto, se presentará el contrato social inscrito y el nombramiento de gerente de la sucursal³⁶³. El domicilio de las compañías anónimas y el de las sucursales que funden, pueden cambiarse avisándolo al público, con quince días de anticipación, y

³⁵⁸ Art. 201 CC

³⁵⁹ Art. 124.2-130-286 CC

³⁶⁰ Art. 124.2 CC

³⁶¹ Art. 279 Pr y BJ 20307 Cons. I.

³⁶² Arts. 279-298 Pr

³⁶³ Arts. 13-207 CC; Consulta BJ 18714

practicándose inscripción en el nuevo domicilio³⁶⁴. Por su puesto que la regla anterior es para efectos de cambio de domicilio dentro de la República, pero cuando el cambio se efectúe en el extranjero, nuestro código guarda silencio, aunque podemos concluir que en este caso se estará a lo dispuesto por los convenios internacionales vigentes.

Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales del Código de Comercio en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación³⁶⁵. Los estatutos deberán de prever cuál es el órgano competente para decidir o acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales³⁶⁶.

Aclaración del art. 19 y 20 del CC, relacionado con las sucursales residentes en Nicaragua. De acuerdo al S. 11¾ a.m. del 15 de Octubre de 1929. B. J. 7183 *"Si bien el Art. 19 C. C. requiere la inscripción para los comerciantes y no se da curso a las demandas sin ella, tales requisitos rigen para los comerciantes y sucursales residentes en Nicaragua, pero no para las casas o compañías establecidas en el extranjero; para estas basta presentar su crédito por medio de sus gerentes o apoderados legalmente constituidos. No habiendo ley expresa que impida a las compañías extranjeras residentes en el extranjero, el reclamar judicialmente sus créditos por nicaragüenses y siendo innecesario exigir a cada acreedor extranjero que constituya una sucursal y la haga inscribir, se reconoce la capacidad de parte de la sociedad para ejercer esos derechos por medio de su mandatario. El requisito de la inscripción (Arto 20 C. C.) no se extiende a casas o compañías establecidas en el extranjero, quienes pueden reclamar en juicio sus derechos sin necesidad de constituir sucursal e inscribirse en el Registro Mercantil"*.

³⁶⁴ Art. 208 CC

³⁶⁵ Art. 10 CC

³⁶⁶ Arts. 124-205 CC

12. La personalidad jurídica

12.1 Publicidad y personalidad

Según Rodrigo Uría³⁶⁷, como todas las sociedades mercantiles, la personalidad jurídica da nacimiento a la sociedad anónima. Ésta se constituye mediante escritura pública que deberá ser inscrita³⁶⁸.

En nuestro sistema jurídico, la sociedad anónima no podrá gozar de personalidad jurídica, mientras la escritura social y los Estatutos no estén inscritos en el Registro Mercantil correspondiente³⁶⁹. Uno y otro documento se publicarán en La Gaceta, Diario Oficial, pero al omisión de la publicación afectará únicamente a las sociedades constituidas por suscripción pública, en los efectos previstos en el inciso 5to del arto 216.

Casos en las cuales el Registrador no inscribirá la escritura o los Estatutos³⁷⁰:

- Si los fundadores no fueren de antecedentes notoriamente buenos;
- Si la escritura no estuviere formulada conforme el artículo 124;
- Si contuviere disposiciones contrarias a la Constitución o a las leyes, a la moralidad o al orden público;
- Si los Estatutos no estuvieren aprobados conforme se hubieren prevenido en la escritura social, o fueren reformatorios en parte sustancial, o contradictorios de ella;
- Si en los Estatutos no se establece un régimen que ofrezca a los accionistas garantías de buena administración, los medios de vigilar las operaciones de los gerentes, y el derecho de conocer el empleo de los fondos sociales.

Aníbal Solórzano³⁷¹, expresa que mientras la sociedad carezca de personalidad jurídica, no existe legalmente y ello acontece hasta tanto no estén inscritos la escritura y los estatutos; en cambio aún con personalidad, no pueden comenzar sus operaciones mientras no esté siquiera, suscrita, la mitad del capital social, según. Art. 206 CC.

³⁶⁷ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Pág. 779

³⁶⁸ Artos. 13-19.2-201 CC

³⁶⁹ Art. 204 CC

³⁷⁰ Art. 205 CC

³⁷¹ Cfr Solórzano, Aníbal, *Op. Cit.*, Pág. 145

La Corte Suprema de Justicia en BJ 16305 dice que *"previamente a la inscripción del título de dominio a favor de dicha personas morales, habrá que inscribir el documento de su constitución, según sean avocaciones, corporaciones, fundaciones o compañías comerciales o industriales"*.

12.2 Continuación de la personalidad jurídica, en el período de liquidación

Durante la liquidación de la sociedad conserva su personalidad y su estructura. La existencia de las sociedades durante la liquidación no es una ficción de la ley, como expresan muchos autores, sino una realidad jurídica y material.

Aún cuando la sociedad es liquidada en escritura pública, debe tenerse en cuenta que trabado el cuasicontrato de la litis, la personería del mandatario no solamente subsiste durante el estado de liquidación de la sociedad, sino que también perdura después de liquidada ésta, ya que su extinción no puede afectar en modo alguno las cuestiones planteadas en el juicio, aún cuando para las relaciones que dimanen de él, tengan después que entenderse personalmente con los socios³⁷².

³⁷² BJ 14500

CAPÍTULO V

LA FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El Código de Comercio reconoce dos procesos de constitución, señalando dos sistemas diferentes: Fundación sucesiva o Fundación simultánea. Ambas tienen carácter negocial, por tener características de contrato plurilateral; así como también requieren de la escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil³⁷³.

Joaquín Rodríguez, establece que una sociedad anónima quedará legalmente constituida, cuando su contrato y estatuto consten en escritura pública y éste haya sido debidamente inscrito y cuando previamente se hayan cumplido una serie de trámites accesorios que establecen las leyes fiscales y otras complementarias de la legislación nacional. Desde luego la sociedad anónima requiere no sólo el concurso de varias personas, sino también la efectiva aportación de una parte del capital (el mínimo legal) y aún la ley exige que la sociedad se inscriba en el Registro Público de Comercio. Concluye el autor que son tres las etapas que integran la constitución de la sociedad: la relativa a los socios, la concerniente a la integración del capital social y la que atañe a la formalización de la sociedad³⁷⁴.

Otros autores citados por Rodríguez, como *Gierke*, distingue cuatro etapas en el nacimiento de la sociedad: fijación de los estatutos; aportación del capital fundacional; tramitación posterior hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio. *Garrigues*, distingue entre lo que él llama período de función de la sociedad y redacción de los estatutos; aportación del capital social e inscripción en el Registro. *Brunetti*, dice: "Lo que la ley considera como acto de constitución de la anónima es un negocio jurídico completo, que consta de diversas partes y que sólo se encuentra en algunos aspectos en la forma tradicional del contrato de sociedad"³⁷⁵.

³⁷³ Arts. 13-124-204 CC

³⁷⁴ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 338

³⁷⁵ *Id*

Desde el punto de vista del derecho nicaragüense podemos concluir que son tres momentos básicos del proceso de constitución: En el primero, se forma el contrato y los estatutos; en el segundo, se formaliza el compromiso de los socios y se aporta el capital social; y en el tercero, se inscribe la sociedad en el Registro Mercantil, previo a la inscripción, se cumplen una serie de requisitos de carácter fiscal y administrativo.

En cuanto al proceso fundacional, el Código de Comercio contiene normas imperativas que restringen la autonomía de la voluntad de los socios³⁷⁶.

1. La escritura pública y los estatutos

1.1 Escritura de constitución

Una de las formalidades para la constitución de la sociedad es el otorgamiento de la escritura pública que después deberá estar inscrita en el Registro Mercantil³⁷⁷. La escritura pública recoge el contrato fundacional, que como hemos indicado, es un contrato plurilateral y de organización, que recoge la participación de dos o más personas y que desde una perspectiva fundacional crea una organización, que da lugar a la creación de órganos cuyas competencia se delimita por la ley y los estatutos, para el ejercicio del objeto social, dando lugar a un conjunto de relaciones entre el ente creado y los socios y entre ese ente y los terceros. En el caso de la fundación de una sociedad unipersonal³⁷⁸, la escritura, no recoge un contrato, sino la declaración unilateral del socio único de constituir la sociedad, además de las otras menciones requeridas por la ley³⁷⁹.

La voluntad de los socios recogida en la escritura, decide el nacimiento de una sociedad anónima e integra un conjunto de cláusulas contenidas en la escritura y en los estatutos, con el fin de individualizar o personificar, si se quiere, el régimen de la sociedad que se quiere fundar.

³⁷⁶ Arts. 121 y ss CC

³⁷⁷ Arts. 13-204 CC

³⁷⁸ Que no es nuestro caso, sino el de España y otros países que reconocen la constitución de sociedades unipersonales.

³⁷⁹ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.*, pág. 305

El contrato de sociedad, se puede definir como el conjunto de declaraciones de voluntad que recaen sobre los puntos esenciales que indica el artículo 124 del Código de Comercio, que establece los requisitos de validez de la escritura de constitución de la sociedad anónima:

1.1.1 El nombre, apellido y domicilio de los otorgantes;

1.1.2 La denominación y el domicilio de la sociedad;

1.1.3 El objeto de la empresa y las operaciones a que destina su capital;

1.1.4 El modo o forma en que deban elegirse las personas que habrán de ejercer la administración o sea el consejo o junta directiva de gobierno; cuál de ellas representará a la sociedad judicial o extrajudicialmente; el tiempo que deben durar en sus funciones, y la manera de proveer las vacantes;

1.1.5 El modo o forma de elegir el Vigilante o los Vigilantes;

1.1.6 Los plazos y forma de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias, y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias;

1.1.7 El capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no consisten en dinero, o del modo y forma en que deba hacerse el avalúo;

1.1.8 El número, calidad y valor de las acciones, expresando si son nominativas o al portador o de ambas clases; si las acciones nominativas pueden ser convertidas en acciones al portador y viceversa;

1.1.9 El plazo y modo en que deba enterarse el capital suscrito;

1.1.10 Las ventajas o derechos particulares que se reserven los fundadores;

1.1.11 Las reglas para la formación de los balances, el cálculo y la repartición de los beneficios;

1.1.12 El importe del fondo de reserva;

1.1.13 El tiempo en que la sociedad debe comenzar y concluir. Su duración no puede ser indefinida, ni pasar de noventa y nueve años;

1.1.14 La sumisión al voto de la mayoría de la Junta, debidamente convocada y constituida así en Juntas Ordinarias como en las extraordinarias, y el modo de formar dicha mayoría para que sus resoluciones sean obligatorias.

1.1.15 La persona o personas que tengan la representación provisional de la compañía mientras se procede al nombramiento de la Junta Directiva por la Junta General de Accionistas.

El contenido o cláusulas de la sociedad anónima, de conformidad al artículo citado, son requisitos esenciales para la validez jurídica de dicho contrato; es esencial, por cuanto el artículo 205.2 CC se refiere al caso, en lo cual el Registrador no inscribirá la escritura o los estatutos, si éstos no estuvieren formulados de conformidad al artículo 124 CC.

En cuanto a los requisitos de forma y de publicidad, se refiere a la escritura pública y la inscripción en el Registro, así lo establece el artículo (Art. 204 CC). La necesidad de cumplir estos requisitos de forma y publicidad se extiende a todos los pactos. El artículo 3185 C, establece que no tendrá personalidad jurídica la sociedad cuyo pacto se mantengan en secreto entre los socios.

Rodrigo Uría, define a la escritura pública, como la forma solemne y necesaria que recoge el negocio fundacional y constituye el primer acto jurídico del proceso de fundación en toda clase de sociedades mercantiles³⁸⁰.

En conclusión, la escritura, es desde un punto de vista técnico, la forma, situación que exige nuestra legislación. La escritura recoge la voluntad de los socios para crear una sociedad anónima, contiene, todos los requisitos indicados en el art. 124 CC

380 Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit*, Pág. 786

1.2 Los estatutos sociales

Constituyen un segundo aspecto y contiene las normas que van a regir a la sociedad como persona jurídica.

Para la Dra. Azucena Navas, los estatutos es la reglamentación sistematizada y orgánica de las bases y funcionamiento de la sociedad, que han impuesto los accionistas, en otros términos la norma de derecho que dentro de los límites que el Código de Comercio reconoce a la autonomía de la voluntad, regula la organización, desarrollo, disolución y liquidación³⁸¹.

Ambos conceptos *-escritura social y estatutos-* están íntimamente ligados, porque el nacimiento de la sociedad hace necesario los estatutos³⁸².

Aníbal Solórzano³⁸³, expresa que la Junta General de Accionistas, en su primera sesión, deberá emitir los estatutos³⁸⁴. Sin embargo pueden emitirse en la propia escritura constitutiva y aún a continuación de otra escritura, si comparecen todos los fundadores.

Los estatutos, deberán de contener los datos sobre la sociedad y las normas de su organización y deberá contener como mínimo lo siguientes puntos³⁸⁵:

1.2.1 Atribuciones de la Junta Directiva;

1.2.2 Atribuciones de la Junta de Vigilancia;

1.2.3 Atribuciones de las Juntas Generales ordinarias o extraordinarias;

1.2.4 El régimen de buena administración, de vigilancia de las operaciones de los gerentes;

³⁸¹ Navas, Azucena, Curso de Derecho Mercantil, Bitecsa, Managua, 1999, Pág. 94

³⁸² Art. 204 CC

³⁸³ Cfr Solórzano, Anibal, *Op. Cit.* Pág. 144

³⁸⁴ Art. 202 segundo párrafo. CC

³⁸⁵ Art. 203 CC

1.2.5 El derecho de los socios de conocer el empleo de los fondos sociales;

1.2.6 El número de los socios y participación del capital que habrá de concurrir a las juntas en que se reduzca o aumente dicho capital;

1.2.7 Procedimiento para la disolución o modificación de la sociedad;

Además de los requisitos anteriores, tanto los estatutos como la escritura podrán contener otras cláusulas necesarias para el buen funcionamiento de la sociedad, siempre que éstas no vayan en contra de la ley, la moral y el orden público³⁸⁶.

Otras cláusulas que puede contener los estatutos:

1.2.8 El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos³⁸⁷;

1.2.9 La fecha de cierre del ejercicio fiscal;

1.2.10 Restricciones de libre transmisibilidad de las acciones³⁸⁸;

1.2.11 Régimen de prestaciones accesorias³⁸⁹. En caso de establecerse, mencionando expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación

³⁸⁶ Art. 2437 C

³⁸⁷ Art. 254-262 CC

³⁸⁸ Arts. 229-230 CC

³⁸⁹ PRESTACIONES ACCESORIAS: Estas obligaciones accesorias distintas de las obligaciones de aportación y desembolso de capital suscrito, se iniciaron a mediados del siglo XIX en las prácticas societarias Alemana y de allí se extendió a otras legislaciones. En España estas obligaciones accesorias, están reguladas en la Ley de Responsabilidad Limitada, por tratarse de una figura características de pequeñas sociedades cerradas y matiz personalista. Puede ser objeto de prestación accesorias cualquier clase de obligación, pueden consistir en obligaciones de dar (entrega de bienes o derechos a favor de la sociedad, incluida la dación de sumas de dinero, así como las cesiones de uso o de goce), de hacer (prestaciones de servicios profesionales o laborales a favor de la sociedad) o de no hacer (no hacer competencia a la sociedad). En cualquier caso es necesario que los estatutos mencionen expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, así como las cláusulas penales relativas al incumplimiento. Se diferencia de las aportaciones sociales, en que no pueden integrar el capital de la sociedad. En consecuencia, cualquiera que sea el contenido de las prestaciones accesorias, el socio que las realice no puede recibir acciones a cambio-, derechos especiales.

de realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento;

1.2.12 Aportaciones no en numerarios;

1.2.13 La retribución de los fundadores;

1.2.14 La creación de acciones de preferencia³⁹⁰;

1.2.15 La emisión de acciones de trabajo;

1.2.16 La amortización de acciones;

1.2.17 El pago de dividendos constructivos;

1.2.18 El régimen de las prestaciones accesorias.

1.2.19 La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación.

Pactos reservados

Según Uría, tras exigir la ley mercantil la escritura pública y los estatutos debidamente inscritos, también puede presentarse entre los socios pactos reservados, estos pactos son aquellos que se mantienen en secreto o reservados entre los socios. En este caso dichos pactos no serán oponibles a la sociedad. Así lo establece el art. 7 de la ley de sociedades anónimas de España³⁹¹. Estos pactos reservados no son recogidos en los estatutos, sin embargo, se ocupan específicamente de cuestiones relacionadas con el funcionamiento y la operativización de la sociedad.

Ejemplo de pactos reservados:

- Pacto de recompensa o de adquisición preferentemente en caso de transmisión de acciones;

³⁹⁰ Art. 225 CC

³⁹¹ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Pág. 791

- Convenio sobre el ejercicio del derecho de voto o en relación al nombramiento de administradores;
- Compromiso de no adoptar determinados acuerdos sociales o de no hacerlo sin el consentimiento de un socio determinado, etc.

Se trata entonces de pactos sumamente difundidos, que pueden servir para eludir los estrictos límites legales en cuanto a la posibilidad de configuración estatutaria de una sociedad anónima y para eliminar así elementos potenciales de conflictividad de la organización social.

Estos pactos tienen validez entre los socios que lo celebran como contrato, pero la sociedad no puede quedar afectada por estos pactos estatutarios. Un acuerdo social contrario a lo pactado no sería plenamente válido, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese contraer el socio incumplidor frente a los demás contratantes.

Diferencias entre los estatutos y la escritura

Aunque los estatutos formen parte integrante de la escritura, esto no debe inducir a la identificación de ambos conceptos. Mientras que en la escritura figuran los elementos esenciales del negocio constitutivo, que por lo general agotan su eficacia en el propio momento fundacional, los estatutos determinan las normas de organización y de funcionamiento por los que ha de regirse la sociedad que se crea. Los estatutos recogen el ordenamiento corporativo del que se dota la organización social al objeto de perfilar sus reglas de funcionamiento, precisando las normas de actuación de los diversos órganos sociales, concretando la posición jurídica de los socios, etc.

2. Inscripción en el registro mercantil

No sólo la escritura, sino que también los estatutos se inscribirán en el Registro Mercantil, el uno y el otro se publicarán en la gaceta "Diario Oficial". La falta de publicación afectará únicamente a las sociedades constituidas por suscripción pública³⁹². La inscripción es obligatoria, produce como efecto fundamental, la personería jurídica, además de los efectos de publicidad registral³⁹³.

³⁹² Art. 204 CC

³⁹³ Arts. 13-19.2-204 CC

3. Nulidad de la sociedad

La nulidad debe declararse judicialmente, y constituyen causas de nulidad:

3.1 La omisión de los requisitos para su constitución³⁹⁴;

3.2 Casos de nulidad enumerados en los artículos 2201 y 2202 C;

3.3 Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de al menos dos socios fundadores³⁹⁵;

3.4 Si la sociedad se constituye por personas que tienen prohibido ejercer el comercio³⁹⁶;

3.5 Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público³⁹⁷;

3.6 Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto³⁹⁸;

3.7 Por la incapacidad de todos los socios fundadores;

3.8 Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores³⁹⁹.

Las sentencias que declaran la nulidad de un contrato social, se inscriben en el libro segundo que lleva el Registro Mercantil⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Arts. 124-127-205 CC

³⁹⁵ Art. 202 CC

³⁹⁶ Art. 12 CC

³⁹⁷ Art. 2347 CC

³⁹⁸ Art. 3181-3229-3231 C

³⁹⁹ Art. 202 CC

⁴⁰⁰ Art. 13 CC

La declaración judicial de nulidad produce la apertura de la liquidación. En la sentencia de nulidad puede incluirse el nombramiento de los liquidadores⁴⁰¹.

La nulidad no afectará la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación⁴⁰².

⁴⁰¹ Art. 125-273 CC

⁴⁰² Art. 276-277 CC

CAPÍTULO VI

CLASES DE FUNDACIÓN. APORTACIÓN SOCIAL

La sociedad anónima tiene dos procedimientos distintos de fundación, pueden ser en un solo acto por convenio entre los fundadores – *fundación simultánea*– o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones –*fundación sucesiva*–. El Código de Comercio regula las dos formas de fundación.

Diferencias entre fundación simultánea y fundación sucesiva

En la fundación simultánea los fundadores suscriben en un solo acto todas las acciones, mientras que en la sucesiva, la suscripción se realiza, a través de un proceso con llamamiento al público que debe cumplir formalidades y trámites especiales. El llamamiento público responde a la facilidad para acumular el capital, sin embargo no se utiliza en la práctica ya que la necesidad de capital lo cubren los bancos actuando de intermediarios en la suscripción de acciones. Lo que se practica generalmente, es pues, la fundación simultánea en un solo acto o llamada *por convenio*.

1. Clases de fundaciones

1.1 La fundación simultánea o por convenio

Este sistema, que por su sencillez, es el más utilizado en la práctica. El mecanismo de la fundación simultánea es simple, ya que se produce en un solo acto por acuerdo entre los fundadores que recoge la escritura social. La ley reserva el nombre de fundadores para las personas que otorguen la escritura social y asuman las acciones⁴⁰³.

1.1.1 Los fundadores

El fundador, es cualquier persona que concurre, por sí o por representante, al otorgamiento de la escritura social, asumiendo acciones de la sociedad. Son el socio o los socios originarios con los que nace la sociedad. El fundador puede ser persona física o jurídica (sociedad, asociación, corporación, fundación). La primera

⁴⁰³ Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.* Pág. 783; De la Cámara Álvarez, *Op. Cit.* pág 469 y ss

nota, que distingue a los fundadores, es ser otorgantes de la escritura y la segunda es la suscripción de acciones, de manera que en el origen de la sociedad el fundador es socio. Expone el autor que puede presentarse la representación indirecta, es decir, la actuación por cuenta e interés de otro, pero en nombre propio, ocultando la representación y el real interés económico. En este caso quien aparece en la escritura es otro, pero además se extiende la responsabilidad a las personas que por cuya cuenta actúa⁴⁰⁴.

Nuestra legislación, establece el número mínimo de socios fundadores para constituir la sociedad, la cual no puede ser menor de dos y cuando haya transcurrido seis meses deberán haber como mínimo tres socios, en caso contrario cualquiera de éstos podrá pedir la disolución; pero la sociedad puede continuar aún con dos socios, siempre y cuando no suceda lo anterior⁴⁰⁵.

En el caso europeo según la Directiva 12 de la Comunidad Económica Europea, regula la incorporación del socio único en las sociedades de responsabilidad limitada, razón por la cual, no cabe hablar de un mínimo de socios para la que sea válida la constitución de la sociedad anónima, basta con una sola persona natural o jurídica⁴⁰⁶.

1.1.2 Ventajas particulares de los fundadores

La escritura de sociedad anónima, deberá contener para su validez, las ventajas o derechos particulares que se reserven los fundadores, por ejemplo las de contenido económico⁴⁰⁷.

Estas ventajas o derechos podrán ser acciones con el nombre de remuneratorias; éstas son las que se reservan, en la escritura social, como si fuesen pagadas en su totalidad a los socios fundadores en compensación de sus trabajos para la formación de la sociedad. Tales acciones forman parte del capital social para el solo efecto de tener participación igual en las utilidades de la empresa, después de reintegrado el capital a los accionistas. El valor de estas acciones, no puede exceder del 10% del capital social. Son transmisibles como las

⁴⁰⁴ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 229

⁴⁰⁵ Arts. 202-270 CC

⁴⁰⁶ Arts. 125 a 129 de la LSRL de España

⁴⁰⁷ Arts. 225-124.10 CC

acciones nominativas, pero no están sujetas a responsabilidad alguna, ni dan voz ni voto en las deliberaciones de la Junta. Posteriormente al desarrollo del objeto social, la ley prohíbe emitir nuevas series de acciones remuneratorias que los fundadores no se hubiesen reservados en la escritura social⁴⁰⁸.

1.1.3 Principales obligaciones y responsabilidades de los fundadores

1.1.3.1 Presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución y estatutos⁴⁰⁹.

1.1.3.2 Responden ante todo, de la realidad de las aportaciones sociales; de las valoraciones no dinerarias; de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia en la escritura de constitución de las mencionadas exigidas por la Ley y de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella⁴¹⁰.

En conclusión, en la fundación simultánea, los socios fundadores⁴¹¹ otorgan la escritura pública de constitución y suscriben todas las acciones desembolsándose íntegramente o como mínimo, una parte. Cualquier fundador o administrador puede exigir primera copia autorizada de la escritura y sus estatutos para presentarla a su inscripción en el Registro Mercantil y puede liquidar y pagar impuestos, a no ser que se haya señalado expresamente en el contrato la persona encargada para tal efecto.

1.2 La fundación sucesiva

Este tipo de fundación tiene como propósito fundar grandes sociedades como instrumento de acumulación de capital. Es llamada por suscripción Pública, regulada en nuestra legislación en los arts. 216 al 223 CC.

⁴⁰⁸ Art. 228 segundo párrafo CC

⁴⁰⁹ Arts. 13-19-21-22-204-207 CC

⁴¹⁰ Arts. 124.7.8.-205.1 CC

⁴¹¹ En el caso europeo las sociedades unipersonales, cuando sólo concurre uno, se hará referencia expresa al carácter unipersonal de la sociedad anónima.

Este proceso fundacional puede ser utilizado siempre que con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. Se trata de un procedimiento pensado para la constitución de sociedades de amplia base accionarial, que apelan al ahorro público para lograr la suscripción de sus acciones⁴¹².

La fundación sucesiva, es la que se realiza por una serie de ofrecimientos hechos a diversas personas, como resultado de la invitación dirigida al público por los fundadores⁴¹³.

Los promotores: Son las personas que actúan bajo su propio riesgo y persiguiendo un fin económico. El promotor lleva a cabo los trabajos relacionado con la formación y constitución de una sociedad anónima, programando el esquema sobre la cual ha de funcionar, su objeto social, aportando el capital necesario mediante la suscripción de las acciones pertinentes, formando su directorio⁴¹⁴. En otras palabras, actúan como gestores de negocios ajenos que emiten una declaración de voluntad unilateral, que contiene el programa⁴¹⁵.

El fundador: Siempre es accionista y el promotor puede no serlo. El fundador, es aquel que además de haber firmado el contrato constitutivo ha suscrito las acciones⁴¹⁶.

Uría, opina que el promotor puede reservarse, lo mismo que el fundador, remuneraciones o ventajas particulares, de acuerdo con el régimen ya estudiado, pero según Aníbal Solórzano citando a Vivante, en este tipo de sociedades no puede haber acciones remuneratorias⁴¹⁷. En realidad nuestro Código de Comercio guarda silencio en este punto, por cuanto considero que sí, puede pactarse ventajas de carácter económico, para los socios fundadores tales como lo señalado en el artículo 225 CC. En el caso de España el derecho de los fundadores

⁴¹² Cfr Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.* Pág. 795; Borseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Tecnos, novena ed. Madrid, 1991, pág. 223 y ss

⁴¹³ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.* Pág. 363

⁴¹⁴ *Id*

⁴¹⁵ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 234

⁴¹⁶ *Id*

⁴¹⁷ Cfr Solórzano, Aníbal, *Op. Cit.* Pág. 150

se encuentra regulado en el art. 17 de la LSA "*Los fundadores y los promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años*".

El programa: Es el proyecto de lo que se quiere que sea la sociedad. Se trata de una oferta de contrato que se hace pública y va dirigida a personas desconocidas e inciertas. El programa debe estar firmado por los promotores. El programa contiene las condiciones esenciales del futuro acto constitutivo. Es un contrato de adhesión⁴¹⁸.

La suscripción: Es el acto por el que una persona declara su voluntad de ser socio asumiendo un determinado número de acciones. Si el programa se considera una oferta, la suscripción supone la aceptación de esa oferta. Si aquél es una *invitatio ad offerendum*, la suscripción será la oferta. Del acto de suscripción nace para el suscriptor la obligación de realizar la aportación y la de acatar los acuerdos válidos de la junta constituyente y para los promotores la de llevar a cabo los actos necesarios para convocar la junta y para constituir la sociedad⁴¹⁹.

La junta constituyente: Es una asamblea de suscriptores. Como todavía no existe la sociedad, no se puede hablar de socios, ni se puede decir que la junta es un órgano social⁴²⁰.

De acuerdo al art. 216 la fundación sucesiva consta de cinco fases :

1.2.1 *La publicación del programa;* los requisitos que debe tener el programa, son los señalados en el art. 124 inc. del 2 al 14. El programa redactado y suscrito por fundadores debe contener íntegro el proyecto de los estatutos de la nueva sociedad con todas las explicaciones que se juzgaran necesarias⁴²¹. Mediante la publicación del programa, los fundadores, invitan al público a que ofrezcan su adhesión y se comprometen a llevar adelante la fundación social.

⁴¹⁸ Cfr Borseta Pont, *Op. Cit*, Pág. 226 y ss

⁴¹⁹ *Id*

⁴²⁰ *Id*

⁴²¹ Arts. 204-216.1-217-218 CC

Al tiempo de hacer la publicación al público los fundadores quedan obligados, como autores de una declaración unilateral de voluntad a⁴²²:

- Vigilar la actuación de los suscriptores;
- A dar los pasos necesarios para hacer la convocatoria y reunir la asamblea general constitutiva, en los plazos y formas que prevenga la ley y el programa;
- A realizar sólo los actos necesarios para la constitución de la sociedad y abstenerse de cualquier otras operaciones.

Supone tres momentos sucesivos: la invitación para ofrecer, la oferta, la aceptación.

1.2.2 La suscripción del capital; la suscripción de las acciones debe recogerse en uno o varios ejemplares del programa de los fundadores, y debe indicar el nombre y apellido, o la razón social y el domicilio de quien suscribe las acciones, el número de todas sus letras de las acciones suscritas, la fecha de la suscripción y expresar claramente la declaración de que el suscriptor conoce y acepta el programa y proyecto de Estatutos, todo certificado por un Notario o dos testigos⁴²³.

Para proceder a la constitución de la sociedad, deberá ser íntegramente suscrito el capital social. Si todo o parte del capital social consiste en aportaciones de títulos, efectos, bienes muebles o inmuebles, estas aportaciones serán íntegramente representadas por acciones pagadas⁴²⁴.

1.2.3 La celebración de la Junta General constitutiva, que apruebe y ratifique la constitución de la sociedad⁴²⁵.

Suscrito el capital social se convocará a la Junta General. Esta se ocupara de lo siguiente:

⁴²² Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit*, Pág. 365

⁴²³ Arts. 216.2-219 CC

⁴²⁴ Art. 220 CC

⁴²⁵ Arts. 220-221-222 CC

1.2.3.1 Reconocer y aprobar el valor atribuido a los títulos, efectos, bienes muebles e inmuebles con que uno o más socios hubiesen contribuido a la sociedad, no teniendo derecho de votar estos socios respecto de ese reconocimiento o aprobación;

1.2.3.2 De discutir y aprobar el programa y los Estatutos;

1.2.3.3 De hacer el nombramiento de los directores y administradores que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los Estatutos;

1.2.3.4 Designar la persona o personas que en su nombre deberán de constituir la sociedad ante el Notario respectivo.

1.2.3.5 Del acta de la Junta General formará parte una lista que firmarán todos los accionistas que concurran, y en la cual se expresará el número de las acciones y de votos que éstos representen.

1.2.4 *La protocolización del acta de la Junta General constitutiva*; el acta de la Junta General será autorizada por un Notario. La certificación de ella y el programa y Estatutos aprobados, se insertarán íntegros en la escritura pública⁴²⁶.

1.2.5 *La inscripción del testimonio de la escritura correspondiente*⁴²⁷, haciendo constar en aquella que se hizo la publicación a que apunta el inciso 2o. del artículo 204 CC

⁴²⁶ Arts. 216- 223 CC

⁴²⁷ Arts. 216.5 CC

CAPÍTULO VII

LAS APORTACIONES SOCIALES Y EL FONDO DE RESERVA

1. Concepto de aportaciones sociales

Consisten en las prestaciones que efectúa el socio como medio para la consecución del fin común que la sociedad persigue a través del ejercicio de la actividad propia del objeto. Lo aportado pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad. La aportación ha de ser posible, determinada y lícita. En la sociedad anónima la aportación es patrimonial y se excluye la aportación industrial, mientras que en las personalistas, como la colectiva, si cabe éstas. En las sociedades capitalistas como la sociedad anónima caben colaboraciones al fin social distintas del capital, como son las prestaciones accesorias⁴²⁸.

2. Objetos y clases de aportaciones

Sólo podrán ser objetos de aportaciones los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica⁴²⁹ -bienes muebles o inmuebles, derechos reales y créditos, títulos valores, pueden ser materiales o inmateriales, etc-. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo⁴³⁰.

Como ya se dijo, quedan excluido las aportaciones de trabajo o de los servicios. La legislación Española prescribe que son posibles otras colaboraciones distintas como las prestaciones accesorias establecidas en los estatutos con carácter obligatorio para todos o algunos de los accionistas, pero que no forman parte del capital social. Guillermo Jiménez aclara que de lo dispuesto queda en el art. 36.2 de la Ley de sociedades Anónimas, que a cambio de ellas -las prestaciones accesorias- no se pueden entregar acciones, por lo tanto, con estos límites, los estatutos deberán mencionar el contenido y el régimen de estas prestaciones⁴³¹.

⁴²⁸ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, Pág. 303 y ss; Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 236

⁴²⁹ Art. 124.7 CC

⁴³⁰ Cfr De Solá Cañizara, *Op. Cit.*, Pág. 336 y ss; Uría-Menéndez-García, *Op. Cit.*, Pág. 804

⁴³¹ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 237

Las prestaciones accesorias, consisten en prestaciones de determinado servicio por los socios a la sociedad, que se remuneran con una participación en los beneficios o de otra forma. Por su contenido, puede ser objeto de una prestación accesorial cualquier clase de obligación. Pueden consistir en prestaciones de dar-entrega de bienes o derechos a favor de la sociedad, incluida la dación de sumas de dinero, así como las cesiones de uso y goce-; de hacer- prestaciones de servicios profesionales o laborales a favor de la sociedad-; o de no hacer- típicamente, no hacer competencia a la sociedad-. Es necesario que los estatutos mencionen expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, así como las eventuales cláusulas penales relativas a sub incumplimiento⁴³².

La característica que distingue a las prestaciones accesorias, es que éstas no integran el capital social, el socio no recibe acciones a cambio, determinándose la participación que haya de corresponderle únicamente en función de las aportaciones efectuadas. Para garantizar las prestaciones accesorias, la LSA española -Arts. 9-52.21-60.2.II-65-145.2- establecen que las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, deben determinarlo de manera expresa y dichas acciones que las contienen debe de ser nominativas⁴³³.

Nuestro Código de Comercio, no regula las prestaciones accesorias, de manera que las aportaciones que los socios capitales realizan deben ser de bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica⁴³⁴, pero ninguna disposición de la sociedad anónima dispone lo contrario, por cuanto podemos establecer prestaciones accesorias, siempre y cuando éstas no integren el capital social, de lo contrario, se tendrán por no puestas y sería causa de nulidad de la sociedad⁴³⁵.

2.1 Aportaciones dinerarias

Las prestaciones dinerarias, deben realizarse en principio, en moneda nacional. La Ley Monetaria (Decreto 1-92 del 6 de enero de 1992, Gaceta No. 2 del 7 de enero de 1992) exige que los

⁴³² Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 813

⁴³³ *Id*

⁴³⁴ Arts. 124.7-201 CC; 3229 C

⁴³⁵ Arts. 127-205.1 CC

contratos celebrados deban ser en moneda nacional. La realidad de las aportaciones dinerarias deberá acreditarse ante el notario autorizante mediante exhibición y entrega de los resguardo de depósitos a nombre de la sociedad en una entidad de crédito. La acreditación puede expresarse en la escritura de constitución, en el aumento de capital o en aquellos en donde consten los sucesivos desembolsos, según los casos. La realización de las aportaciones ha de controlarse por los socios fundadores a través de la declaración de desembolso que hacen ante el notario que autoriza la escritura y mediante la entrega de dinero a la caja social⁴³⁶.

2.2 Aportaciones no dinerarias

Las aportaciones no dinerarias fueron objeto de regulación en nuestro ordenamiento, con el objeto de asegurar su efectividad y proteger el patrimonio social cuya debida integración puede correr un serio peligro. Esta clase de aportación la doctrina le da el nombre de fundación "*cualificada*". Este tipo de aportación se da tanto en la sociedad simultánea y sucesiva, también es aplicable cuando se aumenta el capital⁴³⁷.

Las aportaciones no dinerarias, tienen que valorarse, es decir, tienen que figurar su valor medido en dinero⁴³⁸. La valoración debe realizarse en el momento fundacional. En la fundación simultánea, es el momento mismo del otorgamiento, cuando jurídicamente se establece por primera vez; en la fundación sucesiva, desde el principio del proceso, tiene que constar en el programa y es objeto de aprobación por la junta constituyente⁴³⁹. En el caso de aumento de capital, el valor de cada uno debe expresarse en la correspondiente escritura⁴⁴⁰.

Cuando la aportación se trata de bienes muebles e inmuebles o derechos asignados a ellos, se aplica algunas normas de la

⁴³⁶ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 238

⁴³⁷ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 238; Chulía, Vicent. *Op. Cit.*, Pág. 304, 305

⁴³⁸ Arts. 124.7 CC; 3229 C

⁴³⁹ Art. 206 y sig. CC

⁴⁴⁰ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 238; Chulía, Vicent, *Op. Cit.*, Pág. 304, 305.

compraventa, tales como; la obligación de entrega, el saneamiento y la transmisión del riesgo. En este caso las aportaciones se equiparan con la venta a la sociedad, con la diferencia de que no hay precio, como contraprestación⁴⁴¹. Cuando la aportación es un derecho de crédito, basta la notificación al deudor sin que sea necesario su consentimiento y el cedente sólo responde de la existencia y legitimidad del crédito y de la responsabilidad con que hizo la cesión, pero no de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario. Cuando se trata de aportación de una empresa o establecimiento, es decir, de un conjunto de bienes organizados con fin productivo, se contempla aquí a la empresa como una entidad patrimonial con vida propia, objeto unitario del negocio jurídico⁴⁴².

El Código Civil y el Código de Comercio por su parte señalan que siempre que se lleven en propiedad bienes de cualquier clase, no siendo dinero, se valuarán, para considerar su valor, como capital del socio que los lleva⁴⁴³.

La sociedad será nula, cuando, consistiendo en bienes, no se hiciere de éstos una relación circunstanciada en la escritura, cuando ésta sea necesaria⁴⁴⁴.

2.3 Las aportaciones no dinerarias encubiertas; llamada por la ley Alemana "fundación retardada"

La LSA de España regula en su artículo 41.1 que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, habrán de ser previamente aprobadas por la Junta General, siempre que el importe de aquellas exceda de la décima parte del capital social. Estas aportaciones de este tipo se someten al régimen de las aportaciones no dinerarias *in natura*, en relación a la valoración.

Comenta Uría, que esta norma, de incierta explicación está dirigida a dificultar la realización de posibles aportaciones no dinerarias encubiertas. Quiere evitar que pueda ser burlado el requisito de la

⁴⁴¹ Art. 3230 C

⁴⁴² Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 807, 808

⁴⁴³ Arts. 124.7 CC; 3229 C

⁴⁴⁴ Art. 3181 C

valoración económica de las aportaciones no dinerarias, conviniendo el socio aportante con los fundadores la aparente suscripción de las acciones en metálico y la venta ulterior a la sociedad de los bienes que realmente se quieren aportar a ella, recibiendo de la sociedad como precio el importe anteriormente desembolsado al suscribir sus acciones. En atención a estas consideraciones, puede resultar inexplicable que este mecanismo de control se prevea únicamente en relación al momento de la constitución y no respecto de eventuales aumentos de capital posteriores, pues el mismo riesgo de realización de aportaciones *in natura* encubiertas se suscita en relación a estos últimos supuestos⁴⁴⁵.

Francisco Vicent Chuliá, expresa que el artículo anterior no se aplica a las adquisiciones en operaciones ordinarias de la sociedad, propias de su objeto social y en el mercado bursátil o en subasta pública, ya que en ellas es muy difícil, o imposible, la sobrevaloración⁴⁴⁶.

3. Los dividendos pasivos

Se denomina dividendo pasivo a la parte de la aportación que el socio tiene pendiente de realizar a la sociedad⁴⁴⁷.

Uría, lo define como la parte del capital que no se desembolsa en el momento de la suscripción de las acciones. El accionista deberá aportar a la sociedad la porción del capital no desembolsado, en la forma dentro del plazo previsto en la escritura social. Ésta debe señalarse de manera precisa, la forma y tiempo de hacer el desembolso. Una vez cumplida la obligación de aportar el capital no desembolsado es obligación fundamental, y normalmente la única, del accionista; quedando el accionista descargado de otras obligaciones individuales, y sólo pesará sobre él aquellos deberes genéricos de carácter corporativo, como someterse a los acuerdos de la Junta General, cumplir los estatutos, el de respetar el interés social en la emisión de voto⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 808, 809

⁴⁴⁶ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.* Francisco. Pág. 306

⁴⁴⁷ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.* pág.336 y ss; Calero Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 321

⁴⁴⁸ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 811

¿Cómo se reclaman los dividendos pasivos?

Se reclaman por la sociedad de una sola vez o en pagos fraccionados y sucesivos, en la forma y plazo establecidos en el contrato social o en su defecto por acuerdo o decisión de los administradores. El accionista deudor podrá pagar por compensación, si a su vez es acreedor de cantidades líquidas contra la sociedad⁴⁴⁹.

Recordemos que los dividendos pasivos es una deuda que jamás podrá ser condonada por la sociedad, por integrarse al capital social, por que ésta constituye la principal garantía de la sociedad.

Nuestro Código de Comercio y el Civil establecen, que el socio es deudor de la sociedad de todo lo que al constituirla se haya comprometido a llevar a ella, así es que mientras las acciones no estén completamente pagadas, los accionistas suscriptores serán responsables por el importe de la suscripción. El socio que no entregare a la sociedad la suma de dinero a que se hubiere obligado, será responsable de los intereses o réditos, desde la fecha en que debió hacer la prestación, y además de los daños y perjuicios, si procediere con culpa o dolo. Los pagos atrasados podrán exigirse a los suscriptores primitivos y a todos aquellos a quienes las acciones se hayan ido transmitiendo sucesivamente. Aquel que por virtud de la obligación impuesta, haya de efectuar un pago por cuenta de una acción de que ya no sea propietario, conservará la copropiedad de ella por la cantidad que hubiese satisfecho, o podrá repetir lo pagado contra el actual tenedor⁴⁵⁰.

¿Cuáles son los efectos del incumplimiento contra los accionistas morosos?

Al accionista moroso se le fijará un plazo que no bajará de dos meses, dentro del cual debe hacerse el entero. Si el entero no se verificare dentro del plazo señalado, quedarán perdidos sus derechos sociales y el capital aportado en beneficio de la sociedad, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o estipulación contrario en la escritura social⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ *Id*

⁴⁵⁰ Arts. 234 CC; 3228-3231 C

⁴⁵¹ Arts. 235 CC; 3231 C

La LSA de España en su artículo 44, prescribe otros efectos, no contemplados en nuestra legislación: 1. El accionista que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum. 2. Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles. Una vez abonado el importe de los dividendos pasivos junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido.

También en el artículo 45 de la LSA incluye alternativas para la reintegración del capital social: 1. Cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso. 2. Cuando haya de procederse a la venta de las acciones, la enajenación se verificará por medio de un miembro de la Bolsa, si están admitidas a negociación en el mercado bursátil, o por medio de Corredor de Comercio colegiado o Notario Público, en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título originario por un duplicado. Si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción.

¿Pueden enajenarse las acciones no pagadas?

Si las acciones son nominativas y no están completamente pagadas, éstas acciones no podrán enajenarse sin el consentimiento de la sociedad, excepto en el caso de remate judicial en venta forzada. En este caso, la sociedad tendrá derecho al tanteo y si las acciones se remataren a su favor, quedarán por el mismo hecho amortizadas⁴⁵².

¿Quién responde al pago de los dividendos pasivos cuando las acciones son transmitidas a terceros?

⁴⁵² Art. 236 CC

Mientras las acciones no estén completamente pagadas, los accionistas suscriptores serán responsables por el importe de la suscripción. Los pagos de atraso podrán exigirse a los suscriptores primitivos y a todos aquellos a quienes las acciones se hayan ido transmitiendo sucesivamente. Si el deudor primitivo efectúa un pago por cuenta de una acción de que ya no sea propietario, conservará la copropiedad de ella por la cantidad que hubiese satisfecho, o podrá repetir lo pagado contra el actual tenedor⁴⁵³. Es decir, la transferencia de una acción nominativa que no estuviere completamente pagada, no extingue las obligaciones del cedente a favor de la sociedad.⁴⁵⁴

Para mayor garantía de la sociedad, el último tenedor de las acciones no liberadas responde solidariamente del pago de los dividendos pasivos, así como a todos los que hayan precedido en el dominio de las acciones⁴⁵⁵.

4. Fondo de Reserva

La expresión reserva implica una idea de previsión, hasta el punto de haberse afirmado que las reservas desempeñan un papel como el de los seguros.

Las características son:

4.1 Se trata de valores patrimoniales del activo; no de las deducciones de otros valores ni de obligaciones de cualquiera naturaleza que sea;

4.2 Han de prevenir de las utilidades o de otros incrementos del patrimonio como resultado de la actividad de la empresa;

4.3 No son parte del capital social, sino una adición del mismo;

4.4 Representan valores irrepartibles, pues de otro modo formarían parte de las utilidades de repartir, cuando precisamente se han separado de ellas.

Nuestro sistema establece que de las ganancias líquidas de la sociedad, la sociedad destinará una cantidad no inferior a la vigésima parte de dichas ganancias, para formar el fondo de reserva, que deberá consistir por lo menos de la décima parte del capital social.

⁴⁵³ Art. 234 CC

⁴⁵⁴ Arts. 232 inc. final-242 CC

⁴⁵⁵ *Id*

Entiéndase como vigésima parte el 5 por ciento. El fondo de reserva habrá de reintegrarse cuantas veces se hallare reducido por cualquier causa⁴⁵⁶.

Si la sociedad no ha percibido ganancia, entonces no podrá la Junta General acordar y distribuir dividendos, por que se presumen como se presumen ficticios de conformidad al Art. 259 CC.

En el caso de las Instituciones Bancarias y Financieras, según la ley 561 en el artículo 21 establece *"Los bancos, inclusive las sucursales de bancos extranjeros, deberán constituir una reserva de capital con el quince por ciento (15%) de sus utilidades netas. Asimismo deberán constituir aquellas otras reservas que determine el Consejo Directivo de la Superintendencia mediante normas generales, así como las que determine el Superintendente, previa aprobación del Consejo Directivo de la Superintendencia, para cada banco en particular, de acuerdo a sus necesidades. Cada vez que la reserva de capital de un banco o sucursal de banco extranjero alcanzare un monto igual al de su capital social pagado, o asignado y radicado, el 40% de dicha reserva de capital se convertirá automáticamente en capital social pagado o asignado, según el caso, emitiéndose, cuando se trate de un banco, nuevas acciones que se distribuirán entre los accionistas existentes, en proporción al capital aportado por cada uno"*.

El artículo 21 de la misma ley, dispone que *"en caso que resultaren pérdidas en cualquier liquidación anual deberán cubrirse en la forma siguiente: En primer término con aplicaciones de las Reservas Especiales, si las hubiere; en segundo término, con aplicación de las Reservas de Capital; y por último con el propio capital del banco. Si un banco hubiese sufrido pérdidas que afectaren parte de su capital pagado, todas sus ganancias futuras deberán ser destinadas, en primer término a reponer tal pérdida y entre tanto el banco no podrá pagar dividendos o participaciones antes de que estuviere restituido su capital al monto original, al menos que resolviera reducir su capital y fuere aprobada tal reducción de conformidad con el artículo 16 de la ley"*.

⁴⁵⁶ Arts. 124.12-249 CC

¿Qué finalidad persigue el fondo de reserva?

Tiene como finalidad, la existencia de una suma dineraria para enfrentar las necesidades urgentes, inesperadas y para cubrir pérdidas extraordinarias. Si es utilizado para una de estas eventualidades, entonces debe reintegrarse las veces que sea necesario, independientemente de cualquier causa que provoque la disminución⁴⁵⁷.

De acuerdo al *Autor Aníbal Solórzano*, es necesario que la sociedad cuente con una cierta suma para situaciones de emergencia, como serían: las pérdidas extraordinarias. Esta suma es la que se denomina fondo de reservas y que cuando alcanza la décima parte del capital, se considera suficiente para garantizar futuras eventualidades⁴⁵⁸.

Los socios pueden establecer otras formas de reservas distinta a las reservas legales, tales como las estatutarias y las extraordinarias, las reservas ocultas y disimuladas; amortizaciones de los gastos de establecimientos de la sociedad; pagos eventuales para nuevas empresas, complemento de dividendos de los años malos. En defecto de los estatutos la Junta General de Accionista tiene facultades para constituir otros fondos de reservas⁴⁵⁹.

Clases de reservas:

La reserva legal: Es la que está contenida en el la ley⁴⁶⁰. Contra esta prescripción legal no cabe pacto ni acuerdo en contra. Es nulo todo pacto en contrario. El artículo 165 de la ley de Bancos establece una sanción por incumplimiento de reservas obligatorias, consiste en: "*El Superintendente de Bancos mientras no se hubiese hecho las provisiones y las reservas obligatorias correspondientes al año anterior. La distribución de utilidades, en su caso, solamente se practicará una vez satisfecho lo expresado en el artículo 26 de esta Ley*".

⁴⁵⁷ Art. 249 CC

⁴⁵⁸ Cfr Solórzano, Aníbal, *Op. Cit.*, Pág. 166

⁴⁵⁹ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 350 y ss

⁴⁶⁰ Arts. 124.12-249 CC

*Reservas voluntarias*⁴⁶¹:

- *Reservas estatutarias*: Son las fijadas por los estatutos;
- *Reservas eventuales*: Tienen su origen en acuerdos de asamblea general ordinaria.

La ley de Banco en el artículo 124, establece las llamadas reservas para el saneamiento de activos, señalando que "el Consejo Directivo de la Superintendencia dictará las normas generales de valuación de activos, donde se incluirán las reservas que deberán constituir para el saneamiento de activos, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Superintendente para ordenar la constitución de reservas individuales y específicas, pudiendo además impartir instrucciones sobre depuración de activos, cuando lo considere necesario".

Vivante, comentado por Solórzano, expresa que no son verdaderos fondos de reservas, los de amortización, las cantidades que hacen frente a las deudas, los creados en vista de las fluctuaciones de los valores, etc, porque no representan aumento del patrimonio como el fondo de reserva legal⁴⁶².

⁴⁶¹ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit*, Pág. 344

⁴⁶² Cfr Solórzano, Anibal, *Op. Cit*, Pág. 166, Vivante. II pág. 424

CAPÍTULO VIII

LA ACCIÓN EN GENERAL

1. Origen de la acción

En un principio se llamó título o acción al recibo que se expedía, en relación con el libro en que se consignaba la cuantía de la aportación y el nombre de la persona que se comprometía a realizarla; era pues, un documento que acreditaba estos datos. Puro recibo, en un principio, con carácter exclusivamente probatorio, sin trascendencia a efectos de la transmisión de los derechos sociales que se hacían siempre mediante registro en el libro y por expedición de un nuevo documento que sustituía al antiguo. Posteriormente, se hizo costumbre que la transmisión se hiciera constar no sólo en el libro, sino en el propio documento. Por último, las inscripciones en el título fueron decisivas y se acabó por prescindir del nombre del titular para abrir una amplia vía a los documentos al portador. El mecanismo del endoso en blanco fue decisivo en esa evolución⁴⁶³.

2. Aspectos de su estudio

Las aportaciones que hacen los socios⁴⁶⁴ y que conforman el capital, se divide en acciones⁴⁶⁵, razón por la cual, a la sociedad anónima se le llama sociedad por acciones, conocidas así en Alemania e Italia. Las acciones se pueden estudiar desde una triple perspectiva: *como parte de capital, como expresión de la calidad de socio o derecho y como Título Valor* – o anotación en cuenta – Estos tres aspectos están relacionados, por la participación en el capital, razón por la cual, los derechos se incorporan a las acciones según nuestra ley de títulos valores vigente (LGTV). Documentos que son apropiados para el ejercicio de los derechos y la facilidad de transmisión que éstos tienen o las anotaciones en cuenta, que sustituyen como medio, por el que también se pueden representar acciones y que se consideran como valores mobiliarias, según la LSA de España en su artículo 151⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 261,262. Comentando a Lehman pág. 64; Ficher. Pág. 71; Rehme, *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, 1931, pág. 83,178, 179.

⁴⁶⁴ Art. 124.7 CC

⁴⁶⁵ Art. 124.8 CC

⁴⁶⁶ Cfr Lojendio Obsorne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 246

Estas aportaciones deben tener relación exacta entre el número de acciones que tiene la sociedad, su valor nominal y el capital social. La cuantía del capital social, consiste en el resultado de multiplicar el número de acciones por su valor nominal. De tal manera que no son válidas las acciones representadas simplemente por un porcentaje del capital social, sin otorgarles un valor nominal⁴⁶⁷.

Las acciones emitidas en series, tienen igual valor nominal e integran una clase de acciones. Los términos clase y serie, son conceptos diferentes, el primero, afecta al valor nominal de las acciones y la clase alude a los derechos que confiere la acción, en tanto que pueden otorgar derechos diferentes, constituyen una misma clase aquellas acciones que tengan el mismo contenido de derechos⁴⁶⁸.

3. Las acciones como parte del capital

3.1 La división del capital en acciones

Las acciones, representan una parte alícuota del capital social. Éste se divide en acciones de igual valor, también confieren a sus poseedores iguales derechos, salvo pacto en contrario⁴⁶⁹.

3.2 El valor de la acción

La escritura pública debe expresar el número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social⁴⁷⁰. El valor de la acción corresponde a la proporción del capital aportado, de manera que la suma de las acciones es igual a la cifra del capital; teniendo un importe aritmético, submúltiplo de la cifra del capital. Ejemplo: si cada acción tiene un valor de mil córdobas, y son cien acciones, entonces el capital social es de cien mil córdobas. El valor debe expresarse en moneda nacional y debe estar contenida en el título mismo⁴⁷¹. Pueden haber acciones de distinto valor nominal siempre que pertenezcan a distintas clases. Puede haber diversas clases de acciones en el caso de que se otorguen derechos diferentes,

⁴⁶⁷ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 324

⁴⁶⁸ *Id*

⁴⁶⁹ Art. 224 primer párrafo CC

⁴⁷⁰ Art. 124.7.8 CC

⁴⁷¹ Art. 226.4 CC

constituyendo la misma clase, aquellas que contengan los mismos derechos y dentro de cada clase pueden existir más de una serie. Así lo confirma el BJ 20802 del 23 de julio de 1963 "*Las acciones de una sociedad anónima pueden ser de varias categorías con distintos derechos*".

Las acciones que integren una misma serie tendrán igual valor nominal. En conclusión, las acciones pueden tener distinto valor nominal, siempre que sean de distintas series. Tampoco es obstáculo que acciones de distinta serie tengan igual valor nominal. La fijación del valor nominal es libre, el límite o máximo depende de la voluntad de éstos, no de la ley.

Lo habitual en la práctica, es que el valor nominal se fije en importes relativamente bajos, para facilitar así la circulación y transmisibilidad de las acciones, razón que lleva a muchas sociedades, por ejemplo las cotizadas a realizar las que suelen conocerse como operaciones de *split*, consistentes en desdoblar o dividir el valor nominal de las acciones para aumentar el número de éstas y fomentar así su liquidez⁴⁷².

El valor nominal y valor real, valor de mercado

No es igual el valor nominal que el valor real o valor de mercado de la acción. Esto se explica igual que el capital social y el patrimonio de la sociedad⁴⁷³.

Valor nominal: Es el importe aritmético, submúltiplo de la cifra del capital, expresado en moneda nacional. La fijación del valor nominal es libre. Es estable⁴⁷⁴.

Valor real: Este cambia constantemente. Normalmente no coincide con el valor nominal. Es posible que sean iguales en el momento originario de la sociedad, no necesariamente, porque las acciones pueden emitirse con prima -*La prima es una especie de sobreprecio, que lleva consigo una aportación supletoria*- de manera que el patrimonio nace por encima del capital y el valor real de la acción, por

⁴⁷² Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 815

⁴⁷³ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 248

⁴⁷⁴ *Id*

encima del valor nominal o porque pueden haber gastos anteriores que produzcan el efecto contrario. El valor real, es pues la parte del valor patrimonial de la sociedad que corresponde a la acción según el porcentaje que ésta tenga en relación con el capital social⁴⁷⁵.

Es posible que el patrimonio social tenga un valor distinto al que aparece en la contabilidad. Es frecuente, que como consecuencia de la aplicación de criterios prudentes de valoración de los bienes patrimoniales o en general, de la existencia de reservas ocultas, el verdadero valor del patrimonio sea superior al que aparece en las cuentas. Esto justifica que se distinga entre valor real y el valor contable, aunque a veces, también se habla de valor real como idéntico al contable en cuanto que para valorar el patrimonio hay que recurrir a los criterios de contabilidad, sin pretender lograr la verdad absoluta del valor de las cosas. Lo mismo cabe decir del valor teórico. Hay circunstancias en las que la determinación del valor real de la acción, difiere del contable, adquiere una especial relevancia: restricciones a la transmisibilidad de las acciones; reembolso en caso de liquidación de la sociedad; supresión del derecho de suscripción preferente, fusión, etc⁴⁷⁶.

Valor de Mercado: Distinto al valor real del valor contable es el llamado valor de mercado. Lo normal es que el valor que se da en las acciones, en las en las transacciones no coincidan con su valor real patrimonial. Éste influye decisivamente, pero también repercuten otros factores como las perspectivas de futuro, la confianza en la gestión, la política de dividendos, la economía general del país, los problemas laborales, el hipotético valor de liquidación de los elementos del activo y muchas posibles circunstancias externas junto a las propias oscilaciones del mercado. La fijación del valor de mercado de unas acciones será difícil si existen pocas transacciones de esas acciones y será más fácil si existe un verdadero mercado como es el de la bolsa, que permite conocer la cotización alcanzada⁴⁷⁷.

En conclusión, el valor nominal, resulta de dividir el importe total del capital social entre el número de acciones, el valor real, resulta de dividir el monto total del patrimonio social entre el número de

⁴⁷⁵ *Id*

⁴⁷⁶ *Id*

⁴⁷⁷ *Id*

acciones y el valor de mercado, es el que resulta de elementos externos a la sociedad, tales como las transacciones que se llevan a cabo en la bolsa de valores con las acciones de las sociedades. Las acciones no pueden ser emitidas por una cifra inferior a su valor nominal, pero es lícita la emisión de acciones con prima, es decir con la obligación de pagar por ellas un precio superior al importe nominal. La prohibición de emitir acciones por una cifra inferior a su valor nominal tiende a procurar el equilibrio entre la parte del capital que corresponde a cada acción y el valor del patrimonio que se aporta a cambio, bien al constituirse la sociedad, bien en posteriores ampliaciones del capital. Si fuera lícito aportar a la sociedad un valor inferior al nominal de la acción, forzosamente quedaría al descubierto una parte del capital de la sociedad⁴⁷⁸.

3.3 Correspondencia entre valor nominal y aportación patrimonial

Recordemos el principio de integridad del capital, éste es aplicable a cada una de las acciones. El valor nominal da, pues, la medida de la aportación mínima del socio por cada acción, aportación de la que una parte, puede aplazarse. Hemos indicado que las acciones no pueden emitirse por debajo de la par o de su valor nominal, ya que existe una obligación del socio de integrarlas cuando éstas estuvieren suscritas.

La legislación Española en la LSA en el artículo 47.3 regula *las acciones con prima*, éstas consiste, en la obligación de pagar por ellas un precio superior al importe nominal. Es un sobre precio. La emisión de acciones con prima es una operación que favorece a la sociedad en la medida que robustece su patrimonio, que se forma o incrementa en mayor medida que la cifra del capital. La prima puede establecerse en el momento constitucional, cuando los fundadores en atención a las expectativas de rentabilidad, suscriben acciones por un importe superior a su valor nominal. La prima consiste, en un desembolso suplementario que los suscriptores de las acciones deben realizar por encima del valor nominal de las mismas. En el cálculo de la prima pueden influir otros factores, tales como: la situación del mercado de valores, la cotización de las acciones viejas, la solidez de las inversiones sociales, etc. El pago de la primera suele realizarse mediante una prestación de dinero. La prima deberá

⁴⁷⁸ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 816; García Rendón, *Op. Cit.* Pág. 350 y ss

satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción de las acciones. La prima es una especie de sobreprecio, que lleva consigo una aportación supletoria. Donde más sentido tiene la prima es en el aumento de capital. Normalmente se decide aumentar el capital en los casos en que el patrimonio es superior, si las nuevas acciones se emiten a la par, por su valor nominal, van a tener desde su nacimiento un valor real mayor que el nominal en la medida en que participan de las reservas de la sociedad y a costa de las acciones antiguas, cuyo valor real necesariamente descienden. La manera de evitarlo podría ser la prima, que teóricamente se calcularía de manera que sumada al valor nominal equivaliese al valor real⁴⁷⁹.

En conclusión, la prima consiste en un desembolso adicional que los suscriptores de las acciones deben realizar por encima del valor nominal de las acciones.

Otra situación que regula la legislación española son las prohibiciones de *acciones liberadas o gratuitas*, éstas no se admiten en cuanto que debe existir una efectiva aportación patrimonial. Según Ignacio Lojendio, el término de liberadas, es equívoco, porque se suele emplear con distintos significado. Se habla de acción liberada para hacer referencia a la que ya ha sido totalmente pagada o desembolsada. También se le llama acción liberada a la que se emite sin necesidad de desembolso en los casos en que esto sea posible, como sucede cuando hay aumento de capital con cargo a reservas.

A estas acciones, aunque no haya desembolso, corresponde un efectivo patrimonio ya existente en la sociedad. Cosa distinta sería las acciones liberadas o gratuitas como serían las emitidas, sin contraprestación económica, para atribuirles por ejemplo, a cambio de ciertos servicios especiales o como objeto de alguna atención. Está claro que en el régimen vigente de la ley española no es posible su creación. Van contra el principio de integración, aparte de que están expresamente prohibidas por el art. 47 LSA. Ni siquiera las ventajas de los fundadores o promotores pueden incorporarse a las acciones. Continúa expresando Lojendio, que las acciones de industria, están prohibidas, entiéndase por tales, como aquellas que se dan a cambio de aportaciones consistentes en la prestación de un servicio o en la realización de un trabajo cuya contrapartida es un derecho de la sociedad contra el deudor de esa prestación que es difícil ejecutar⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, Págs. 248,249,250

⁴⁸⁰ *Id*

4. Las acciones como derecho. Los derechos del socio

La titularidad de una o más acciones, en forma de título o de anotación en cuenta, adquirida originariamente, en el momento de la constitución de la sociedad o en el de un aumento de capital, o derivativa por transmisión *Inter-vivos* o *mortis causa*, confiere la condición de socio⁴⁸¹. Se habla de condición jurídica o estatus de socio para señalar la posición en que éste se encuentra frente a la sociedad como titular de una serie de derechos y de obligaciones. La condición de accionista va unida a la titularidad de la acción⁴⁸².

La condición de socio puede ser originada o derivada. El primer caso se produce por la participación del socio en la fundación de la sociedad, o en un aumento de capital, y la suscripción por el de las acciones. La segunda proviene de la adquisición de alguna acción que se transmite por un socio. Las acciones constituyen, un conjunto de derechos del socio en el seno de la organización social, con ciertos poderes o facultades, que se agrupan en torno a cada acción. La posibilidad que un socio agrupe varias acciones, por regla general se multiplican los derechos por el número de acciones que posee. Esta es una clara manifestación del matiz capitalista de la organización de la sociedad anónima⁴⁸³.

Si bien en la sociedad existe el principio de igualdad de derechos entre los accionistas de las mismas acciones⁴⁸⁴, también se habla de la creación de clases diversas de acciones, que otorguen derechos diferentes, constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos. La existencia de distintas clases de acciones permite la distinción entre acciones ordinarias y privilegiadas. *Las acciones privilegiadas*, son aquellas que confieren privilegios frente a las ordinarias, y tal privilegio se refiere a algún derecho que conforma la condición jurídica de socio y que figura en la escritura social. También pueden existir acciones sin votos, acciones rescatables del cual hablaremos más adelante⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Arts. 201-224 CC

⁴⁸² Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 251

⁴⁸³ Cfr Ascarelli, Tullio, *Op. Cit.* pág. 271 y ss; Sánchez Calero, *Op. Cit.* Pág. 326

⁴⁸⁴ Art. 224 CC

⁴⁸⁵ *Id*

Los derechos de los accionistas se han clasificado de acuerdo con criterios diferentes. Dentro de estos distintos criterios se enuncian los siguientes: a) según el sometimiento a la voluntad de la mayoría, se distingue entre derechos comunes del accionista y derechos especiales; b) Según su posibilidad de ejercicio, se habla de derechos individuales, en cuanto que pueden ser ejercitados por cualquier accionista sin consideración al número de acciones que posea, y de derechos de minoría, cuando su ejercicio está condicionado a que el accionista, sólo o con otros, posea un determinado porcentaje del capital social; c) según su contenido, se distingue entre derechos de carácter económico como al participar en ganancias en la cuota de liquidación, etc. y los de carácter político o referentes a la organización de la sociedad como el derecho de voto, de información etc. La relatividad de los criterios de clasificación de los derechos del socio es manifiesta y en ocasiones se constata de la formulación de los criterios en lo que se emplea una terminología no siempre coincidente⁴⁸⁶.

Por consiguiente, los derechos de los accionistas podemos clasificarlos de la siguiente manera:

Los de contenido económico son:

- Participación en el reparto de las ganancias sociales;
- Participación en el patrimonio resultante de la liquidación;
- Suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones y
- Suscripción preferente de obligaciones convertibles en acciones.

Los que tienen carácter político administrativo son:

- Derecho de voto;
- Asistir a las juntas generales;
- Impugnar los acuerdos sociales;
- Derecho de información.

⁴⁸⁶ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 327

1.1 Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales⁴⁸⁷

Este derecho está relacionado con la finalidad lucrativa como elemento del contrato social. El socio tiene derecho a las ganancias. La vida de la sociedad se divide en ejercicios, como unidades independientes, al final de las cuales se hacen cuentas que expresan la situación de la sociedad y los resultados obtenidos. El ejercicio social suele coincidir con el año natural. El derecho de participación en las ganancias, no significa que los socios se repartan todas las ganancias obtenidas, por tal razón, hay que distinguir entre el derecho a participar en las ganancias, que es un derecho abstracto, sin contenido económico determinado y el derecho al dividendo como derecho de crédito, que implica la participación en beneficios cuyo reparto se haya acordado en beneficios previamente aprobados por la Junta General. El primero es un derecho mínimo que corresponde al accionista en cada momento y que está en la base del segundo, que es su concreción práctica. El segundo es un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca un acuerdo válido de distribución que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la Junta General⁴⁸⁸.

La sociedad puede constituir reservas voluntarias sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio, como forma de autofinanciación, y podrá también suspender totalmente el reparto de dividendos si las necesidades de la empresa así lo exigen, incluso durante varios ejercicios sucesivos. Una vez que la sociedad acuerde el reparto de determinados beneficios, surge en cada accionista el derecho concreto al dividendo correspondiente a sus acciones; derecho que coloca al accionista en la posición de acreedor frente a la sociedad⁴⁸⁹.

Por dividendo, hay que entenderlo como la parte de ganancias repartible correspondiente a cada acción en un ejercicio social determinado. La fijación del mismo lo hace la ley a través de la Junta General. Sólo cuando éste haya fijado el dividendo repartible, en atención a los resultados arrojados por las cuentas de la sociedad⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Art. 124.11 CC; 3175 CC

⁴⁸⁸ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 252

⁴⁸⁹ *Id*

⁴⁹⁰ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 828

La LSA España, pone límites al reparto de dividendos en el artículo 213.2, obliga a que se cubran las atenciones previstas por la ley o los estatutos y después exige que tales dividendos se deban a beneficios del ejercicio o a reservas de libre disposición y que el valor patrimonial neto contable no sea inferior al capital social ni resulte serlo tras el reparto.

El Art. 194.3 LSA prohíbe distribuir beneficios mientras no se hayan amortizados las partidas correspondientes a gastos de establecimiento, de investigación o desarrollo, o fondos de comercio, a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados.

Algunas otras consideraciones sobre el reparto de los dividendos:

- Son nulas, cláusulas que prohíben el derecho de reparto a un socio, excepto en los casos prescritos por la ley;
- La sociedad no puede retener los beneficios sin repartirlos. Esta situación es ilícita y justifica la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado.

Nuestro Código de Comercio, se refiere al derecho de participación de las ganancias sociales en los artículos siguientes:

- A la Junta General corresponde el examen y aprobación del balance respectivo y la distribución de ganancias. Este balance lo tendrá preparado con anticipación la Junta Directiva⁴⁹¹.
- La Junta General o la Junta Directiva, según lo determine la escritura social o los Estatutos, podrá en cualquier tiempo acordar y distribuir dividendos; pero no podrán distribuirse dividendos ficticios, ni ninguna ganancia mientras no haya sido percibida. La infracción de este artículo se considera como infracción del mandato por parte de los Directores y el Gerente⁴⁹². Entiéndase por dividendo ficticio, cuando proviene de un mejoramiento o alza del inventario o más hechos raros, cuando hay ausencia de inventario o distribución no conforme con sus resultados. Son dividendos ficticios las cantidades distribuidas a los socios procedentes de utilidades

⁴⁹¹ Art. 257 CC

⁴⁹² Art. 259 CC

ficticias, de sumas que no representan un efectivo excedente del patrimonio sobre el capital social y que resultan de una elevación del inventario o de cantidades que corresponden a la reserva.

- Las escrituras de sociedad anónima y de sociedad en comandita por acciones, deberán contener para su validez las reglas para la formación de los balances, el cálculo y la repartición de los beneficios⁴⁹³.
- El derecho a la percepción de los dividendos prescribirá a los cinco años contados desde el día señalado para comenzar su cobro⁴⁹⁴.

Debemos aclarar que la distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado.

El acuerdo de distribución de dividendos determinará el momento y la forma. A falta de la determinación de estos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social al día siguiente del acuerdo.

4.2 Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación⁴⁹⁵.

Este derecho está muy relacionado con el anterior, porque precisamente no todos los beneficios se reparten. El patrimonio se ve incrementado con las ganancias destinadas a las reservas. En caso de que el patrimonio sea inferior al capital, como consecuencias de pérdidas, no habrá reservas y el activo será inferior al capital. Ese activo una vez atendidas las obligaciones de la sociedad, deberá ser distribuido entre los socios, respetando las reglas para la división del haber social⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Art. 124 CC

⁴⁹⁴ Art. 241 CC

⁴⁹⁵ Art. 280 CC

⁴⁹⁶ El Haber social se integra con el capital y con otras partidas patrimoniales, tales como utilidades retenidas, ganancias virtuales, primas sobre acciones, etc. Que constituyen ganancias reales y virtuales que se han generado en la marcha de los negocios sociales y que, en virtud de esa circunstancia, el derecho del haber social es una consecuencia del derecho general a las utilidades que tiene el accionista.

En otras palabras, cuando en fase de liquidación de la sociedad resulte un patrimonio repartible superior a la cifra del capital nominal irán necesariamente englobados en el reparto final de los no distribuidos durante la vida de la sociedad.

El Código de Comercio prescribe que una vez satisfechas las deudas o consignadas las sumas necesarias para su pago, se procederá a la partición de los valores, los cuales se liquidarán en la proporción debida a cada uno de los socios. Son aplicables a las particiones entre socios mercantiles, las reglas generales que rigen las particiones entre coherederos⁴⁹⁷.

La división del haber social ha de efectuarse en la forma fijada en la escritura social y los estatutos. Según la LSA de España en el art. 277 prescribe que también se hace en proporción al valor nominal de las acciones, sin perjuicio de que si algunos accionistas han desembolsado alguna cantidad superior a otros, se devuelve en primer término ese exceso a los que han aportado más.

4.3 Derecho de suscripción preferente

Este derecho consiste en la necesidad de conceder al accionista la posibilidad de conservar la misma proporción entre el importe nominal de sus acciones y la cifra del capital social en los supuestos en que éste es objeto de una operación de aumento, al depender de esta proporción el alcance de los derechos poseídos en la sociedad⁴⁹⁸. De ahí que los socios tengan un derecho preferente en relación a los terceros para suscribir tanto las acciones de nueva emisión como las obligaciones convertibles en acciones, dado que éstas a través del derecho de conversión que otorgan a sus titulares pueden traducirse en un aumento de capital. Cuando los socios deciden aumentar el capital, este tiene lugar de dos maneras, aumentando el valor nominal de las acciones existentes o emitiendo nuevas acciones. El segundo caso es en que la escritura social o los estatutos le conceden al accionista el derecho preferente de suscripción de esas nuevas acciones. Este derecho se extiende a la suscripción de las obligaciones convertibles en acciones⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Art. 280 CC; 1366 C; 1534 Pr

⁴⁹⁸ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.* Pág. 329

⁴⁹⁹ *Id*

Cuando el aumento de capital, se haga con cargo a las reservas⁵⁰⁰, no se presenta la suscripción de nuevas acciones, sino una asignación a éstas a los antiguos accionistas de forma gratuita y en proporción al valor nominal de las acciones o de las obligaciones convertibles que posean. Este derecho puede ser transmisible en las mismas condiciones que el derecho de suscripción preferente⁵⁰¹.

¿Por qué de la suscripción preferente?

Porque lo que se trata de evitar es la entrada de nuevos socios, pero principalmente de conceder a los antiguos socios la posibilidad de mantener la porción de su participación respecto del capital social. El derecho de suscripción preferente, no es absoluto, se puede excluir o limitar a través de la escritura de constitución, por ejemplo los titulares de acciones sin voto⁵⁰².

4.4 Derecho de asistir y votar en la Junta General⁵⁰³

El derecho de asistir o concurrir a la Junta General, permite a cualquier accionista intervenir en la gestión de la sociedad y fiscalizar la actuación de los administradores. Es así que la sociedad anónima, a pesar de su carácter impersonal y capitalista, no desplaza totalmente al accionista singular de la intervención de los negocios sociales. En principio, todo socio por el hecho de serlo tiene derecho de voto y debe existir una proporcionabilidad entre el valor nominal de la acción y el voto. Sin embargo, los estatutos pueden exigir, la posesión de un número mínimo de títulos para ejercitar personalmente el derecho del voto, ya que puede limitarse el derecho de asistencia de los accionistas a la Junta General. Igualmente los estatutos podrán fijar el número máximo de votos que puedan emitir un mismo accionista o las sociedades pertenecientes a un mismo grupo. Para el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta y el del voto será lícita la agrupación de acciones. El accionista podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona en las condiciones y con los límites fijados por la ley y los estatutos⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Art. 233.1 CC

⁵⁰¹ Cfr Sánchez Calero, pág. 330

⁵⁰² Cfr Villegas, Carlos, *Op. Cit.*, pág. 379; Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 253,254, 255

⁵⁰³ Art. 224- CC

⁵⁰⁴ Cfr De la Cámara Álvarez, *Op. Cit.*, pág. 456; Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 330

El derecho al voto es un derecho intangible, del que no puede ser privado ningún socio, excepto en los casos previstos por la ley⁵⁰⁵ o en los estatutos y que ha de atribuirse de forma rigurosamente proporcional, de conformidad al valor nominal de la acción⁵⁰⁶.

Chuliá, establece que el voto es el principal derecho político, instrumental para gestionar la sociedad y obtener beneficios repartibles. El titular de la acción tiene derecho a emitir una declaración de voluntad por si sola-*este es el caso de la Junta General Unipersonal-* o junto con otras, contribuye a formar la voluntad social, los acuerdos sociales, en las materia de su competencia de la Junta. Es un derecho personal, irrenunciable e intransmisible escindido de la acción "*inescindible*". Pero no es un derecho personalísimo, ni inderogable⁵⁰⁷.

Continúa exponiendo Chuliá⁵⁰⁸, que el principio de libertad del voto sólo conoce tres límites:

- *Principio de unidad del voto*, en el cual un accionista no puede votar sí, a una propuesta con parte de las acciones y no con las otras;
- *La prohibición del ejercicio del voto*. En caso de conflicto técnico de intereses socio-sociedad-*se da en las sociedad cotizadas*;
- *La vinculación convencional del voto*: Los pactos de votos aislados y los sindicatos más o menos permanentes de voto o pactos parasociales.

Pérez Mariones y Paz-Ares, señalan que el derecho al voto no es personalísimo, sino que se considera como derecho patrimonial. Por consiguiente las llamadas compra y venta del voto es lícita, válida y exigible, por consiguiente el accionista se obliga a votar, dando instrucciones a un representante, en sentido determinado, o no a votar, a cambio de ventajas patrimoniales que le ofrecen los accionistas a terceros. Es válido siempre que no sea en perjuicio de la sociedad de los demás socios. Una modalidad de venta de derechos de voto, vendría a ser la aceptación a la conversión de

⁵⁰⁵ Art. 225 CC

⁵⁰⁶ Cfr García Rendón, *Op. Cit.* Pág. 270; Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 829

⁵⁰⁷ Cfr Chuliá Vicent, *Op. Cit.* Pág. 318

⁵⁰⁸ *Id*

acciones con votos, en acciones sin voto, gracias a la cual, el grupo de control, adquiere el poder político equivalente a dichos votos, pagando con cash-flows futuros –dividendos más reservas-

Sobre el derecho de asistencia y de voto nuestro Código de Comercio, establece que la resolución de la Junta General se formará con más de la mitad de los votos, entendiéndose *que cada acción da derecho a un voto*. Esto se entiende sin perjuicio de los casos en que la Ley, el contrato social o los Estatutos exijan un número determinado de votos para los acuerdos de la Junta⁵⁰⁹. *Este es el caso de la Junta General Ordinaria*. En la Junta General Extraordinaria⁵¹⁰, el Código de Comercio, establece que se requiere presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital, y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, por lo menos, para resolver sobre lo siguiente:

- 1). Disolución anticipada de la sociedad⁵¹¹;
- 2). Prórroga de su duración⁵¹²;
- 3). Fusión con otra sociedad⁵¹³;
- 4). Reducción de capital social⁵¹⁴;
- 5). Reintegración o aumento del mismo capital⁵¹⁵;
- 6). Cambio de objeto de la sociedad⁵¹⁶;
- 7). Toda otra modificación del acto constitutivo⁵¹⁷.

Los socios disidentes en cuanto a las resoluciones de los números 3º, 5º y 6º y la del número 2º, si la prórroga no está autorizada por los estatutos, tienen derecho de separarse de la sociedad, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al capital social, conforme al último balance aprobado⁵¹⁸.

En relación al artículo 254, establece que cada acción da derecho a un voto, cabe preguntarnos, si la norma citada, permite el voto plural o no lo permite. En la mayoría de los textos legales investigados, no se permite el voto plural, porque alteran la proporcionabilidad entre

⁵⁰⁹ Art. 254 CC

⁵¹⁰ Arts. 210-203-211-206-268-263--212-254-262-253-217-213--273 CC

⁵¹¹ Art. 223 CC

⁵¹² Art. 268 CC

⁵¹³ Arts. 263 CC

⁵¹⁴ Arts. 212-297-305 CC

⁵¹⁵ Arts. 211-13 CC

⁵¹⁶ Arts. 124.3-201 CC

⁵¹⁷ Arts. 211-213-217-253-254 CC

⁵¹⁸ Arts. 145—240-255-261

el valor nominal de la acción y el derecho de voto, condenando este tipo de acción. Según Uría, el voto plural, es aquel que, teniendo el mismo valor nominal, están dotados de un mayor número de votos; aunque sea igual el número de votos conferidos por cada acción, siempre que unas confieran en proporción a su valor nominal un derecho de voto superior al conferido por otras estaremos en presencia de un supuesto indirecto de voto plural. Deben reputarse ilícitas, en consecuencia, todas las posibles combinaciones que, rompiendo esa proporción, establezcan directa o indirectamente un voto plural en favor de determinadas acciones, declarando inadmisibles una cláusula estatutaria que prevea este tipo de acción. En España la LSA lo prohíbe de forma explícita en el art. 50.⁵¹⁹ En cambio la Ley General de Sociedades Mercantiles de México -LGSM-, el artículo 79 reconoce este tipo de acción, admite el voto plural, como derecho privilegiado que tienen los accionistas fundadores, pero sólo en determinados casos. Pero el artículo 113 de la misma LGSM las prohíbe, puesto que según la disposición citada, cada acción da derecho a un voto.

Es importante para aclarar el tema, el concepto de voto acumulativo, éste no es admitido en la LGSM de México, pero aceptado en algunas leyes locales de Estados Unidos de América para el caso de elección de los administradores. El voto acumulativo consiste en que cada acción puede ser multiplicada, para propósitos del voto, por el número de administradores a ser elegidos, de manera que se puede votar por un solo candidato o dividirse el voto entre tantos candidatos como se desee.⁵²⁰

Principios de igualdad del voto

El artículo 254 establece que cada acción da derecho a un voto, en consecuencia:

- El número de votos es proporcional al número de acciones que posee cada accionista;
- No es lícito emitir acciones de voto plural⁵²¹;
- No es lícito emitir acciones acumulativas.

⁵¹⁹ Cfr Uría - Menéndez, Rodrigo, *Op. Cit.*, 826

⁵²⁰ Niser, Luis, *My life in Court*, Pyramid Books, Nueva Cork. Pág. 505. Además, Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil*. Porrúa. 1986

⁵²¹ *Id*

Esta teoría, también es admitida por Aníbal Solórzano, cuando comenta la igualdad en las acciones⁵²².

El mismo código también establece el máximo de votos que puede ejercer el accionista, en base a la regla establecida en el artículo 260 CC:

"Ningún accionista, cualquiera que sea el número de sus acciones, podrá representar más del décimo de los votos conferidos por todas las acciones emitidas, ni más de dos décimos de los votos presentes en la Junta". Aníbal Solórzano⁵²³, expone que en este artículo el legislador trata de evitar el acaparamiento de votos en una o pocas personas; dice, que para los que posean muchas acciones, no se les permite representar más del décimo de los votos de las acciones emitidas, ni más de los dos décimos de los votos concurrentes; sin embargo, esta preocupación puede eludirse con testaferros a quienes se les distribuyen acciones y se les dirigen convenientemente. Asimismo, el autor nos presenta un ejemplo: Si son 1,000 los votos conferidos por todas las acciones emitidas, el accionista no puede representar más de 100 votos, pero también se debe tomar en cuenta los votos presentes o concurrentes y el accionista no puede representar más de dos décimos de esos votos presentes. Suponiendo que de los 1000 estén presentes 300, no puede representar más de 60.

También agrega que el término de *representación* usado en el texto parece que se refiere a los votos de terceros que en la junta estén presentados, pero cree que no es así; porque representar está tomado en el sentido de exhibir votos, esto es, acciones, es el capital, que representan. La regla general era, que a capital igual, derecho de voto igual, pero ante la lucha de acciones con votos múltiples que se desarrolló en Francia hubo de limitarse en esta forma ese derecho de los accionistas para evitar el predominio del capital.

Supuestos en que el derecho al voto no podrá ser ejercitado:

- En caso de mora de parte del socio en el pago de los dividendos pasivos⁵²⁴. La LSA de España art. 44, es clara en este punto,

⁵²² Cfr Solórzano, Aníbal, *Op. Cit.*, Pág. 152

⁵²³ *Ibid*, 172

⁵²⁴ Art. 235.2 CC

puesto de manera expresa que el accionista que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum; tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles. Una vez abonado el importe de los dividendos pasivos junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido;

- En el supuesto de adquisición de acciones propias por la sociedad, con el fin de impedir que los administradores puedan servirse del derecho de voto inherentes a estas acciones para influir en las Juntas de Accionistas⁵²⁵. Aunque el artículo citado de nuestro código no dispone lo contrario, se presume. Según la LSA de España en el artículo 79 establece que si una sociedad hubiere adquirido acciones propias o de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las de la sociedad dominante. Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones;
- Los que tengan acciones sin voto, que se caracterizan por el hecho de sustituir el derecho del voto por un privilegio económico⁵²⁶.

Personas no accionistas titulares de derechos reales con derecho al voto.

Las personas titulares de derechos reales de usufructo o de prenda sobre las acciones, pueden tener derecho al voto en las Juntas General, siempre que se regulen en el contrato social. Este criterio es el que sigue el sistema español en el art. 67 de la LSA.

⁵²⁵ Art. 233 CC

⁵²⁶ Art. 225 CC

4.5 El derecho de impugnación de los acuerdos sociales

Los acuerdos sociales pueden estar sujetos a impugnación de parte de los socios. Este derecho es un instrumento de defensa de los accionistas frente a los acuerdos de la Junta General de Accionistas y en su caso del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, siempre que dichos acuerdo sean contrarios a la ley, a los estatutos o que lesionen intereses sociales. Por lo que el protestante debe recurrir ante la autoridad Judicial correspondiente para obtener suspensión del acuerdo a través de la declaración de nulidad⁵²⁷. Tales deliberaciones hacen de responsabilidad ilimitada a los socios que las hubieren aceptado expresamente⁵²⁸.

Las resoluciones tomadas y actos practicados por los directores contra las disposiciones de la ley, de los estatutos o de las Juntas Generales, no obligan a la sociedad, quedando sus autores, en cuanto a sus efectos, personal y solidariamente responsables, salvo el caso de protesta, conforme lo dispuesto en el Código de Comercio⁵²⁹.

4.6 Derecho de la información

Este derecho opera como instrumento de control de la gestión de la sociedad. Consiste en solicitar informes o aclaraciones acerca de cualquiera de los asuntos comprendidos en el orden del día de la Junta General. Este derecho se refiere también a la revisión de cuentas anuales. Los accionistas tienen derecho a pedir de forma gratuita e inmediata una copia de los documentos que integran las operaciones societarias. Informe sobre aumento de capital, proyectos de fusión y escisión, examinar los libros de registros de acciones nominativas y la de obtener certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales⁵³⁰.

⁵²⁷ BJ 16562-B. 99 1970

⁵²⁸ Art. 261 CC

⁵²⁹ Arts. 245-262 in fine CC

⁵³⁰ Arts. 203-205.5- 229 CC

4.7 Otros derechos de los socios

Estos suelen llamarse derechos de minoría, que corresponden a agrupaciones de socios que agrupando acciones alcanzan determinado porcentaje de capital social.

4.7.1 Derecho de agrupar acciones. Conocidas como sindicatos de accionistas. El accionista puede limitar voluntariamente, obligándose con otros socios o con determinadas personas a votar en determinado sentido. Son convenios internos, no se pactan en el acta y estatutos, son similares a los pactos reservados. Tiene como finalidad conseguir un influjo estable y seguro en la marcha de la sociedad, consolidando una mayoría que imponga su criterio en las Juntas y que garantice la estabilidad de la administración. También sirven para agrupar accionistas de escasa participación social y tutelar, así mediante la acumulación de sus votos, el interés de la minoría⁵³¹.

4.7.1.1 Uría, expresa diversas modalidades de sindicatos de accionistas: Sindicación en la que el accionista conserva la posesión de sus valores y se obliga sencillamente a votar en la Junta General en el sentido previamente acordado por el sindicato (los llamados "*sindicatos de mando*").

4.7.1.2 Sindicación en la que el accionista entrega sus acciones al sindicato y otorga poder a la persona que éste determine, generalmente el síndico o presidente para que en su nombre y representación acuda a las Juntas y vote en ellas, previsión que suele ir acompañada de la exclusión de la transmisibilidad de las acciones en favor de cualquier persona ajena al sindicato, en cuyo caso suele hablarse de "*sindicato de bloqueo*"⁵³². Esta segunda forma es la más eficaz.

Este derecho está claramente establecido en la LSA de España en el artículo 105.3, que declara lícita la agrupación de acciones. Nuestro Código de Comercio guarda silencio en este punto, por lo tanto, será válido, el acuerdo entre los accionistas.

⁵³¹ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 882

⁵³² *Id*

4.7.2 Derecho a pedir la convocatoria de la Junta General Extraordinaria, siempre que los accionistas cuya participación reunidas representen, al menos la vigésima parte del capital social⁵³³.

4.7.3 Derecho a pedir la convocatoria Judicial de la Junta⁵³⁴.

4.7.4 Derecho a hacerse representar. La LSA de España reconoce expresamente que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona, derecho que será reconocida vía estatutaria. Uría, expone que este derecho se concede a los accionistas con derecho a asistencia y eventualmente al usufructuario y al acreedor pignoraticio, que tenga estatutariamente derecho al voto. El representante puede ser cualquier persona o incluso uno de los accionistas. Por lo tanto debe ser por escrito y ser un poder especial para cada junta. En estos casos el representante debe votar, atendiendo las instrucciones recibidas, aunque excepcionalmente se permite que vote en sentido distinto, cuando se presentan circunstancias ignoradas que pueden perjudiciales a los intereses del representado⁵³⁵.

4.7.5 Derecho de separación en los supuestos del art. 262 del CC.

4.7.6 Derecho a pedir la convocatoria de la Junta General cuando se estime que existe una causa legítima de disolución de la sociedad, o solicitar en su caso la disolución de la sociedad⁵³⁶.

4.7.7 Derecho de impugnar el balance final de la liquidación⁵³⁷.

4.7.8 Otros derechos contenidos en los estatutos.

5. Clases de acciones por el contenido de los derechos que atribuyen

5.1 Principio de igualdad en la sociedad anónima

Este principio fue tratado como uno de los derechos de los accionistas, pero podemos aclarar una vez más que las acciones pueden otorgar

⁵³³ Art. 251 CC

⁵³⁴ Art. 252 CC

⁵³⁵ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit*, pág. 885

⁵³⁶ Arts. 262 segundo párrafo-269.6 CC

⁵³⁷ Art. 274 CC

derechos diferentes, según los estatutos. Los socios pueden pactar diferentes clases de acciones, estableciendo que tendrán la misma clase, las que se constituyan con el mismo contenido de derechos⁵³⁸. Si dentro de la misma clase se crean varias series⁵³⁹, las diferencias entre estas últimas podrán consistir en el valor nominal pero no en el contenido de los derechos. Pero con la indicación de limitación, puede haber diferencias en el contenido de los derechos de las acciones privilegiadas, llamadas preferentes. Según la legislación Española la crisis del principio de igualdad aumenta tras la ley vigente, con el reconocimiento de las acciones sin voto a las se les conceden determinados privilegios en otros derechos, tras la reforma operada por la ley 37/1998, con la regulación de las acciones rescatables⁵⁴⁰.

5.2 Acciones ordinarias, acciones privilegiadas y acciones remuneratorias

Las acciones ordinarias, son aquellas sometidas al régimen normal, es decir, atribuyen a sus titulares el régimen normal de los derechos y obligaciones integrantes de la condición de socio; en cambio las privilegiadas, tiene un tratamiento especial y ventajoso en la medida de sus derechos. Se recurre a éstas últimas para facilitar inversiones, premiar servicios o atraer nuevos socios cuya aportación convenga. Las acciones privilegiadas, se pueden crear al momento fundacional o posteriormente, tal es el caso del aumento de capital, también puede ser mediante la transformación de acciones ordinarias a acciones preferentes. Puede incluso proceder de un aumento con cargo a reservas o de un aumento acordado por los administradores por delegación-capital autorizado-. La preferencia puede recaer sobre los derechos de contenido patrimonial, pero nunca sobre el derecho al voto, ni sobre el derecho de suscripción preferente. El más frecuente es que los privilegios consisten en dividendos preferentes, lo que puede establecerse de muy diversas maneras⁵⁴¹.

Las acciones privilegiadas, son las que otorgan a su titular derechos de contenido económico, en los estatutos se determinarán las distintas clases, con los derechos de cada una de ellas. Para la creación de estas acciones en un momento posterior, habrán de

⁵³⁸ Art. 224-226 CC

⁵³⁹ Art. 238 CC

⁵⁴⁰ Cfr. Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Págs. 259,260

⁵⁴¹ Cfr. De Solá Cañizares, *Op. Cit.*, Pág. 361; Lojendio, Ignacio. Pág. 260; Sánchez Calero, Pág. 332

observarse las formalidades prescritas para la modificación de la escritura social. Pueden haber dos caminos para la creación de acciones privilegiadas; el primero consiste en emitir nuevas acciones por medio del aumento de capital, incluso pueden ser con cargo a las reservas o del acuerdo acordado por los administradores por delegación, capital autorizado; y el segundo camino, es mediante la transformación de acciones ordinarias en privilegiadas o preferentes, cabe en los casos de modificación. En este último caso, recordemos que cualquier modificación de los derechos de los títulos debe tener el consentimiento del accionista perjudicado de conformidad al artículo 211, 262 CC.

Lo más frecuente es que los privilegios consistan en dividendos preferentes. No pueden recaer en acciones con derecho a percibir un interés.

Las acciones remuneratorias, son de naturaleza nominativas porque en ellas se extienden a favor de personas en que, por determinadas condiciones se les otorga ese privilegio, no debiendo pasar a cualquiera como se haría si fuesen al portador. Sólo tienen derecho a participar en las utilidades y eso después de estar reintegrado el capital⁵⁴².

Nuestra legislación se refiere a las acciones remuneratorias en el artículo 225 CC, con las siguientes características:

- Se reservan en la escritura social;
- Se crean como si fuesen pagadas en su totalidad;
- Se emiten para los socios fundadores, compensando, así el trabajo que éstos desempeñan en el momento fundacional;
- Solamente dan derechos a las utilidades, no dan derecho al voto en la Junta General de Accionistas;
- Son de acciones de carácter nominativas;
- Forman parte del capital social para el solo efecto de tener participación igual en las utilidades de la empresa, después de reintegrado el capital a los accionistas;
- Su valor no puede exceder del 10% del capital social;
- Son transmisibles como las acciones nominativas, pero no están sujetas a responsabilidad alguna.

⁵⁴² Art. 225-226 CC

5.3 Acciones rescatables

Admitida en el artículo 92 bis y 92 ter de Ley de Sociedad Anónima de España. Llamadas acciones rescatables o redimibles constituyen una modalidad de las acciones, previstas en el derecho comunitario e introducido al ordenamiento Español según la ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la Ley de Mercado de Valores.

Estas acciones se definen esencialmente por el hecho de emitirse para ser rescatadas o amortizadas por la sociedad en una condición predeterminada, que han de establecerse en los estatutos. En realidad, todas las acciones, y no sólo las rescatables, pueden ser amortizadas por la sociedad, a través de un acuerdo de reducción de capital mediante amortización de acciones⁵⁴³. Lo que define a estas acciones es precisamente el hecho de ser emitidas con estas características, en el sentido de que su naturaleza rescatable viene predeterminada de antemano. Podría decirse, pues, que las aportaciones del accionista, y con ello el vínculo societario establecido, tiene un carácter temporal y no indefinido, al producirse con el rescate de las acciones una restitución de la inversión realizada⁵⁴⁴.

La finalidad de las acciones rescatables, consiste en obtener financiamiento, incrementando sus fondos propios. Se emiten como acciones preferentes o acciones sin voto que lleven expresamente la cláusula de rescate.

En conclusión, las acciones rescatables tienen como finalidad principal encontrar financiación complementaria y temporal de la sociedad, aún cuando sean relativamente onerosos para ésta. El régimen de estas acciones está centrado en su emisión y su amortización.

6. Las acciones sin voto

Se desarrollaron en el Derecho Anglosajón durante el siglo XIX. Estas acciones se caracterizan por que privan a su titular del derecho de

⁵⁴³ Serán amortizadas con cargo a beneficios o reservas libres o con el producto de una nueva emisión de acciones con dicha finalidad, y si se amortizan con cargo a los beneficios o reservas libres la sociedad deberá constituir una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas; y si no hay beneficios o reservas libres o no se emiten nuevas acciones para financiar el rescate, éste sólo podrá realizarse libres por el procedimiento de reducción de capital mediante devolución de aportaciones. (Vicent, Chuliá. Pág. 321)

⁵⁴⁴ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 834

voto, a cambio de unas preferencias en los derechos de contenido patrimonial. Estas acciones representan un ejemplo significativo de la superación del principio de igualdad de las acciones. Con éstas se proporciona un instrumento apropiado de financiación para la sociedad y de inversión para el ahorrador. Estas acciones privan el derecho al voto, y se les conceden derechos patrimoniales. La ley Española lo admite pero con ciertas limitaciones contenidas en el artículo 90 de la LSA, que establece que las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado. También establece que los titulares de estas acciones pueden tener otros derecho, tales como: Suscripción preferente, derecho al dividendo, también puede otorgarles otros privilegios, como son: en caso de reducción de capital por pérdidas, no se verán afectados, sino cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes. En caso de liquidación pueden tener derecho de preferencia para obtener el reembolso del valor desembolsado; también, los accionistas pueden agruparse para designar vocales del consejo de administración por el sistema de representación proporcional y finalmente, si una modificación de estatutos lesiona directa o indirectamente los derechos de las acciones sin voto, es necesario acordar un porcentaje de capital social que puede ser la mayoría de las acciones de las clases afectadas⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Cfr. Lojendio, de Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 261, 262, 263

CAPÍTULO IX

DOCUMENTACIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA ACCIÓN

1. Acciones como títulos y anotaciones en cuentas

Las acciones como título valor, incorporan los derechos de los socios y facilita el ejercicio de esos derechos, así como también, permiten la transmisión, es decir, el poder desprenderse de la condición de socio y materializar la inversión en cualquier momento, lo cual es una de las justificaciones del éxito de las sociedades anónimas⁵⁴⁶.

Estos documentos que integran dichos derechos, son de la categoría de título valor, es decir, documentos materiales considerados como cosas muebles, sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado un proceso de desmaterialización, justificado por razones técnicas y por exigencias prácticas, que ha afectado al propio concepto de título valor. Ignacio Logendio, indica que esa crisis pone en evidencia los inconvenientes que ocasiona la gran cantidad de papel, sobre todo para quienes profesionalmente se ocupan de su manejo; y el desarrollo tecnológico de la informática y la electrónica han hecho que se vaya superando la idea del derecho incorporado al documento⁵⁴⁷.

La novedad del sistema de anotación en cuenta, que se ha visto recientemente es a través de las leyes de Mercado de Valores, la cual reposa el concepto de valores o valores negociables e introduce la importante novedad de que éstos pueden representarse mediante anotaciones en cuenta, lo que conduciría a una previsible pérdida de importancia de los tradicionales títulos⁵⁴⁸.

Según la LSA de España art. 51, el título- acción y la anotación en cuenta son equiparados en el sentido de que ambos son considerados valores mobiliarios, negociables, que facilitan la transmisión y el ejercicio de los derechos del accionista⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Cfr Lojendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*; Págs. 268, 269

⁵⁴⁷ *Id.*

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ *Id.*

1.1 Acciones representadas por medio de títulos

Las acciones son títulos valores, según la Ley General de Títulos Valores-Decreto Legislativo 1824 del 11 de junio 1971, define a los títulos valores en el artículo primero de la siguiente manera: *"Son títulos valores los documentos necesarios para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna. Representan cosas muebles corporales de carácter mercantil, y su creación, emisión, transferencia y demás operaciones que en ellos se estipulen, son siempre actos de comercio. Los derechos se incorporan al título de modo que con la transmisión de éste se transmiten aquellos y la posesión en necesaria para su ejercicio"*.

De la definición podemos desprender los siguientes elementos:

1.1.1 Los títulos valores, son documentos que traen incorporados derechos que derivan de la literalidad y autonomía consignados en el mismo.

1.1.2 Representan cosas muebles corporales.

1.1.3 Son de carácter mercantil, que recaen en actos de comercio.

1.1.4 Son transmisibles.

1.1.5 La posesión del título constituye un elemento fundamental de legitimación para el ejercicio de los derechos de participación en la sociedad.

1.1.6 Los títulos valores, son aptos para facilitar la movilización de los créditos, protegiendo al mismo tiempo la posesión del adquirente.

1.1.7 El título acción permite que se le incorporen los derechos de socio facilitándose así su transmisión.

1.1.8 La acción, es literal por remisión, porque en ella se hace referencia a la inscripción de la sociedad y en definitiva a la escritura y estatuto.

Las acciones se caracterizan por ser un título emitido en serie o en masa y por ser por transmisibles. Esta transmisibilidad permite que los accionistas puedan hacer circular fácilmente su derecho de participación en la sociedad, ofreciéndoseles así la posibilidad de abandonarla, ya que no pueden retirar la aportación hecha al fondo común ni resolver a voluntad el vínculo social⁵⁵⁰.

1.2 Clases de acciones

El Código de Comercio establece que las acciones que pueden emitir las sociedades anónimas son únicamente: nominativas o al portador, no regula las acciones a la orden⁵⁵¹.

1.2.1 Las acciones nominativas y al portador

1.2.1.1 Títulos Nominativos: Según la Ley Títulos valores de Nicaragua, son Títulos Nominativos, aquellos que designan un titular a una persona determinada y que no puede ser transmitido sin que se notifique la transmisión del deudor *-sociedad-*, siendo necesario en algunos casos, además, que éste colabore de cierta manera. Se habla en este caso de título nominativo *-directo--*, para distinguirlo del título a la orden, que también es nominativo, pero con un régimen diverso.

1.2.1.1.1 Características

1.2.1.1.1.1 Los títulos nominativos designan como titular a una persona determinada.

1.2.1.1.1.2 Para que el poseedor del título esté legitimado para solicitar la prestación que en él se indica, no sólo es necesario la presentación del documento, sino la identificación en el título o su cesionario.

1.2.1.1.1.3 Respecto a la transmisión, su régimen no es tan simple, pues está sometido a una disciplina más rigurosa.

1.2.1.1.1.3.1 Los títulos nominativos emitidos individualmente pueden transmitirse simplemente poniendo en conocimiento

⁵⁵⁰ Arts. 240-262 parte final

⁵⁵¹ Art. 224 CC

al deudor de la transmisión, y éste queda obligado con el nuevo acreedor en virtud de la notificación.

1.2.1.1.1.3.2 Los títulos nominativos emitidos en serie o en masa, su transmisión requiere de la notificación al emisor y su colaboración, en el sentido de que éste ha de inscribir esa transmisión en el libro de la entidad emisora. (art. 35, 43 LGTV)

1.2.1.1.2 Características de los títulos valores nominativos según la LGTV (arts. 73 al 79)

1.2.1.1.2.1 Son nominativos los expedidos a favor de una persona determinada cuyo nombre, por expresarlo el título mismo o prevenirlo la ley, se consigna a la vez en un registro que debe llevar el emisor (art. 28 CC).

1.2.1.1.2.2 Todo emisor de títulos nominativos deberá llevar un libro de Registro en el cual se asentará el nombre de la persona a cuyo favor se expide, la razón de haberse entregado el título y todos los cambios posteriores; en caso contrario el emisor responde por los daños y perjuicios que causare.

1.2.1.1.2.3 Se transfiere mediante la presentación del título al emisor y la anotación del nombre del adquirente en el título y en el registro del emitente, o con el libramiento de un nuevo título extendido a nombre del adquirente, de cuyo libramiento se debe hacer anotación en el registro. La transferencia puede hacerse a solicitud del titular enajenante, o bien a solicitud del adquirente que pruebe su derecho mediante documento auténtico.

1.2.1.1.2.4 Cuando se constituyen derechos reales sobre el título, se observará el requisito anterior.

1.2.1.1.2.5 El poseedor de un título nominativo se legitima para el ejercicio del derecho en él consignado a base de la presentación del título y de la anotación conforme al nombre del poseedor en el título y en el registro del emisor.

1.2.1.1.2.6 El Título valor puede ser transferido mediante endoso y entrega del título. Este método tiene plena eficacia entre las partes,

pero no la tendrá respecto del emisor y terceros mientras no se haga la anotación de ella en el registro.

1.2.1.1.2.7 El endosante que aparece como poseedor del título nominativo, tiene derecho mediante la presentación del título, a obtener la anotación respectiva.

1.2.1.1.2.8 Ningún vínculo sobre un título de crédito produce efectos respecto del emisor y de los terceros, sino resulta de la correspondiente anotación sobre el título y en el registro.

1.2.1.2 Libro de inscripción de acciones

El artículo 37 del Código de Comercio nicaragüense regula el contenido del libro de inscripción de las acciones nominativas y remuneratorias, señalando que contendrán los siguientes requisitos.

1.2.1.2.1 Los nombres de los suscriptores y la indicación del número de sus acciones o resguardos provisionales que se hubiesen dado.

1.2.1.2.2 Los pagos efectuados por cada acción o resguardo provisional.

1.2.1.2.3 El número y valor de las acciones remuneratorias, con indicación de sus dueños.

1.2.1.2.4 La transmisión de las acciones nominativas o resguardos provisionales y de las remuneratorias.

1.2.1.2.5 La especificación de las acciones nominativas que se conviertan al portador y de los títulos correspondientes que se expidan.

La propiedad y transmisión de las acciones nominativas, y de las remuneratorias, no producirán efectos para con la sociedad ni para con terceros, sino desde la fecha de la respectiva inscripción de conformidad al artículo 230 CC.

1.2.1.1.3 Contenido literal de las acciones nominativas y remuneratorias según el art. 226 CC

1.2.1.1.3.1 La denominación de la sociedad, y el lugar de su domicilio.

1.2.1.1.3.2 Las fechas de su constitución e inscripción en el Registro Mercantil.

1.2.1.1.3.3 El importe del capital social, y el número total de acciones en que esté dividido.

1.2.1.1.3.4 El valor nominal de título, la persona en cuyo favor se expide, y los pagos efectuados;

Si las acciones fuesen remuneratorias, deberán expresarse que no están sujetas a pagos, y tienen sólo los derechos que les acuerdan la escritura social y esta Ley.

1.2.1.2 Títulos al portador, son aquellos que legitiman a su poseedor como titular del derecho incorporado al documento. Estos documentos no designan a una persona determinada como su titular, sino simplemente lo es la persona que los posee. Se utiliza normalmente la cláusula al portador.

El ejercicio de ese derecho incorporado al título se hace a través de la presentación del documento.

La posición del acreedor se ve reforzada en el aspecto procesal, ya que del título al portador deriva una acción ejecutiva contra su emisor, que puede ejercitarse desde el día de su vencimiento.

El tenedor del título tiene derecho a confrontarlo con sus matrices siempre que lo crea conveniente. Son transmisibles por la simple tradición del documento.

1.2.1.2.1 Características de los títulos valores al portador según la LGTV (arts. 48 al 51).

1.2.1.2.1.1 Son títulos al portador los no expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula "AL PORTADOR".

1.2.1.2.1.2 La transferencia de un título al portador opera con la simple entrega del título.

1.2.1.2.1.3 El poseedor de un título al portador se legitima para el ejercicio del derecho en él consignado con sólo la presentación del título.

1.2.1.2.1.5 Los títulos al portador que contengan la obligación de pagar alguna suma de dinero no podrán ser emitidos sino en los casos y conforme los requisitos establecidos expresamente por la ley; en caso contrario no surtirán efectos y el emisor será sancionado con multa un tanto igual al importe de los títulos emitidos, dicha suma será a favor del fisco, todo sin perjuicio de la responsabilidad penal.

1.2.1.2.1.6 Los títulos valores al portador y los nominativos son recíprocamente convertibles de un tipo a otro a petición y a costa del poseedor, salvo lo dispuesto en el art. 51 de la LGTV o que la mencionada convertibilidad haya sido expresamente excluida por el emitente o por la ley. (art. 47 LGTV)

En relación a las acciones al portador, el artículo 38 prescribe que los talonarios de las acciones al portador deberán contener precisamente un ejemplar enteramente igual con sus respectivas firmas y sellos al de las dichas acciones, poniéndose en el ejemplar razón de haberse entregado la acción respectiva.

Diferencias entre ambos títulos

Las acciones nominativas, designan a su titular en el propio documento, mientras que las acciones al portador no consta su identificación. Se diferencian fundamentalmente por su régimen de transmisión y por el modo en que opera la legitimación frente a la sociedad. En las acciones al portador, para el ejercicio de los derechos del accionista basta la exhibición del título o en su caso, del certificado acreditativo del depósito; en las acciones nominativas, para estar legitimado frente a la sociedad, el titular tiene que

estar inscrito en el libro de acciones y con eso le es suficiente. La exhibición sólo será precisa, cuando existan los títulos, para obtener la correspondiente inscripción en dicho libro. El accionista tiene derecho a pedir certificación de lo inscrito en su nombre.

El libro de inscripción de las acciones nominativas, y el talonario de las acciones al portador, podrán ser inspeccionados por cualquier accionista⁵⁵².

Es libre la elección entre la forma nominativas y al portador, pero hay casos en que la ley exige que las acciones revistan necesariamente de la forma nominativa Ejemplo: Art. 17 de la ley No. 561.

1.2.1.3 Conversión de las acciones

Las acciones nominativas pueden estar sujetas a conversión en acciones al portador, siempre que estén satisfecho por completo el valor de las acciones nominativas, a no ser que los estatutos determinen expresamente lo contrario⁵⁵³.

1.2.1.4 Títulos provisionales

Los *títulos provisionales* o llamados *resguardos provisionales*, podrán extenderse antes de la entrega de acciones a los suscriptores, éstos son representativos de las suscripciones hechas, las cuales quedarán para todos los efectos equiparadas a las acciones. Deberán cambiarse por las acciones definitivas oportunamente⁵⁵⁴.

Si desapareciere una acción o resguardo provisional, y el contrato social no dispone otra cosa, podrán anularse o reponerse con otras de la misma especie⁵⁵⁵.

Por lo tanto, los resguardos provisionales son documentos emitidos por la sociedad en los que se reconoce a favor de un socio la titularidad de unas acciones todavía no emitidas. Contiene los mismos requisitos que las acciones y han de revestir necesariamente

⁵⁵² Arts. 229-28-132 CC

⁵⁵³ Arts. 124.8-227 CC

⁵⁵⁴ Art. 228 CC

⁵⁵⁵ Art. 237 CC

la forma nominativa aunque se refieran a acciones que, una vez emitidas, vayan a ser al portador.

1.3 Otros documentos

La LSA de España prescribe otros tipos de títulos, tal es el caso señalado en el artículo 55.5, los llamados "*Certificados de inscripción*", éstos son emitidos mientras no se hayan impresos y entregado los títulos de las acciones nominativas, el accionista tiene derecho a obtener certificación de las inscritas a su nombre. Es un documento de distinta naturaleza, que no tiene un valor legitimatorio propio de los títulos valores sino que se consideran simples documentos confesorios o probatorios.

La misma ley en el artículo 58, contempla otro tipo de título denominado "*Certificados o resguardos de depósitos*" emitidos por la entidad depositaria que tiene la custodia de los títulos a favor del titular. Estos documentos tienen efectos legitimadores en sustitución de los títulos.

Otros documentos que señala la ley de Mercado de Valores de España, art- 12 y 18 RD 116/1992 del 14 de febrero, es el certificado relativo a las anotaciones en cuenta que están obligadas a expedir las entidades encargadas de los registros contables, a efectos de legitimación.

La Ley española indica otros títulos distintos de las acciones, son los bonos o títulos de fundadores a los que se incorporan los derechos especiales o ventajas regulado en la ley española art. 11, o llamados bonos de disfrute a que hace referencia el art. 48 LSA de España éstos son títulos que se conceden a accionistas, cuyas acciones han sido amortizadas, a quienes se reconoce un derecho sobre las reservas, aunque no se trate de acciones y sus titulares hayan dejado de ser socios. Los bonos de disfrute están expresamente privados del derecho de voto⁵⁵⁶.

Un título estrechamente unido a la acción es el llamado cupón. Es considerado un título valor de carácter accesorio. Así como la acción incorpora el conjunto de derechos propios de la condición de socio,

⁵⁵⁶ Cfr Legendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 273-274

el cupón incorpora un derecho concreto desgajado de la acción que es normalmente fruto de un acuerdo de la Junta General del que nace un derecho concreto del socio como es el del dividendo o el suscribir las acciones derivadas de un aumento de capital. El cupón es un título valor transmisible en la medida en que lo sea el derecho que incorpora⁵⁵⁷.

1.4 Serie, numeración de acciones

Nuestro sistema admite la serie y numeración de acciones, al establecer como prohibición no emitir nueva serie de acciones mientras las primeras no estén completamente pagadas, igual criterio se aplica a las acciones remuneratorias, mientras éstas no tuvieran debidamente reservadas en la escritura social. Cualquier pacto en contrario es nulo⁵⁵⁸.

Los títulos emitidos en serie, son reconocidos en la Ley de Títulos Valores, artículo 35 y 43 prescriben que *"Los títulos-valores emitidos en serie pueden ser reunidos en un título múltiple, y los títulos múltiples pueden ser fraccionados en varios títulos de tipo menor, a petición y a costa del poseedor"*

En conclusión, pueden existir distintas clases o series de acciones. Las acciones que tengan el mismo contenido de derecho, son de la misma clase. Dentro de cada clase puede haber distintas series y las acciones de una misma serie deberán ser del mismo valor nominal. Si existen varias clases y series deberá indicarse en los estatutos el valor nominal, número de acciones, y derecho de cada una de las clases. En el título de la acción también se tiene que mencionar la serie a que pertenece.

1.5 Las acciones representada por medio de anotaciones en cuenta

Según Rodrigo Uría⁵⁵⁹, la anotación en cuenta es la otra forma de representación de las acciones. Reconocida en la legislación española, primero en la Ley de Mercado de Valores de 1988 y posteriormente en la Ley de Sociedades Anónima de España. Se

⁵⁵⁷ *Id*

⁵⁵⁸ Art. 238 CC

⁵⁵⁹ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit*; Pág. 821

trata de un sistema representación introducido con carácter general para todos los valores negociables, entre los que obviamente se encuentran las acciones.

La anotación en cuenta supone que la condición de socio no tiene que ir unida a ningún documento. Este queda sustituido por un apunte en un registro contable. La finalidad de este sistema es suprimir la documentación material de los valores, evitando así su inconveniente práctico, recurriendo a la informática, que proporciona mecanismos útiles para operar la transmisión de los valores y la legitimidad de sus titulares. El registro informativo crea apariencia, igual que el documento con la forma del emisor y la confianza en esa apariencia es objeto de protección legal⁵⁶⁰.

Podemos concluir, que la anotación en cuenta es un instrumento que se recurrirá para representar las acciones que coticen en bolsa. La anotación en cuenta, a diferencia de la representación por medio de títulos, es irreversible. Su constitución opera en virtud de la inscripción en el registro contable que requiere el previo otorgamiento de escritura pública que puede ser la escritura de emisión. La representación de las acciones en anotaciones en cuenta inscritas en el correspondiente registro contable facilita la transmisión de la condición de socio que operará por transferencia contable.

1.6 La transmisión de la cualidad de socio

Una de las principales cualidades de la sociedad anónima y ventajas frente a los demás tipos societarios, es la facilidad de transmitir las acciones y la libre circulación de acciones. Hay casos en que esa libre circulación está limitada.

La transmisión de las acciones se produce conforme a los principios generales de nuestro derecho, es decir, mediante acuerdo o negocio y la entrega de la acción. Ha de producir por tanto un negocio de transmisión (normalmente un contrato de compraventa de acciones) y la entrega de los títulos (en el caso de acciones anotadas en cuenta, la transmisión se produce mediante transferencia contable, que se equipara a la tradición de los títulos).

Si las acciones son al portador, la simple tradición del documento producirá su transmisión, siempre, claro está, que previamente se haya producido un negocio traslativo de la propiedad. Es decir, que

⁵⁶⁰ *Id.*

las acciones al portador, se transmiten por simple tradición o entrega de los títulos.

Si las acciones son nominativas, su transmisión ha de inscribirse en el libro de registro, y la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito como tal en dicho libro⁵⁶¹. Antes de esa inscripción, la transmisión habrá podido reflejarse en el propio título mediante un endoso, al que se aplicará las normas de la ley de títulos valores⁵⁶². Presentado el título a los administradores, éstos deberán inscribir la transmisión en el libro de registro⁵⁶³.

Es posible documentar la transmisión, mediante otra forma, es decir, escritura pública, en tal supuesto, los administradores deberán inscribir al adquirente en el libro-registro, que se reflejará en el título cancelándose el nombre del antiguo accionista e inscribiéndose el del nuevo.

La cesión de las acciones al portador se verificará por el simple endoso de ellas⁵⁶⁴.

¿Se pueden vender las acciones no pagadas?

En principio, nuestra legislación, no lo prohíbe, pero de conformidad al artículo 236 es necesario el consentimiento de la sociedad, salvo que se remate en venta forzosa y mientras no se ha pagado, no se extinguen las obligaciones del propietario respecto a la sociedad, porque ésta continúa reconociendo como dueño al que no ha pagado y responde de las acciones suscritas⁵⁶⁵.

La transferencia de una acción nominativa que no estuviere completamente pagada, no extingue las obligaciones del cedente a favor de la sociedad⁵⁶⁶.

¿Qué pasa cuando en la sociedad no han emitidos las acciones y éstas no han sido entregadas a los socios?

⁵⁶¹ Arts. 37-230 primer párrafo CC

⁵⁶² Art. 232 segundo párrafo CC

⁵⁶³ Art. 232 CC

⁵⁶⁴ Art. 232 tercer párrafo CC

⁵⁶⁵ Arts. 234-236 CC

⁵⁶⁶ Art. 232 cuatro párrafo CC

En este caso, según la práctica, esta situación se presenta en las sociedades cerradas y familiares, con el fin de eludir los costos de impresión de los títulos y la ausencia de circulación, hacen que la documentación de las acciones carezcan de cualquier interés práctico, por lo tanto, mientras los títulos no hayan sido impresos y entregados, la transmisión de las acciones ha de realizarse de acuerdo con las normas del derecho común sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales, la transmisión ha de ser notificada a la sociedad, que a partir de ese momento quedará obligada frente al cesionario que haya adquirido las acciones, por lo que tratándose de acciones nominativas, los administradores inscribirán la transmisión en el libro de registro, una vez que resulte acreditada⁵⁶⁷.

1.7 Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones

El derecho de la transmisibilidad de las acciones puede sufrir restricciones que por su origen pueden ser legales, convencionales y estatutotarias.

1.7.1 La limitación puede figurar en la ley⁵⁶⁸.

1.7.2 Por pactos extraestatutarios entre socios. En especial, son de destacar los sindicatos de bloques, que generalmente refuerzan la eficacia del sindicato de voto. Estos son pactos parasociales, que no están en los estatutos, no son oponibles a la sociedad.

1.7.3 Restricciones estatutarias. Por su naturaleza son válidas sólo si recaen sobre acciones nominativas y no en acciones al portador. Su validez es fruto de la libertad de pacto⁵⁶⁹. Este puede introducirse en la escritura social o vía modificación del mismo, bien por creación de nuevas acciones de transmisibilidad restringida precedentes de un aumento de capital. En éste último caso es necesario el acuerdo de los accionistas de clase afectada⁵⁷⁰.

1.8 Tipos de restricciones

Cláusulas de consentimiento, son las que condicionan la transmisión a la previa autorización o "*Placet*" de la sociedad. La facultad de

⁵⁶⁷ Cfr Vicent, Chuliá, *Op. Cit.*; Pág. 322,323

⁵⁶⁸ Art. 233 CC

⁵⁶⁹ Arts. 124-203 CC

⁵⁷⁰ Art. 211 CC

autorizar o denegar la transmisión corresponde a los administradores, salvo prescripción contraria en los estatutos. Puede incorporarse a dicha cláusula que si el órgano facultado para autorizarla no lo hace en un término previamente determinado podrá el accionista disponer de sus acciones y transmitirla⁵⁷¹.

La cláusula del tanteo u opción, ésta consiste en que la escritura social puede reconocer la libre transmisión de las acciones reconociendo un derecho de adquisición preferente a todos los socios, a los de una clases a un tercero. En esta forma deberá determinar la forma y plazo de su ejercicio. Siempre tiene que quedar una puerta abierta para poder transmitir las acciones⁵⁷².

Las restricciones *mortis causa* han planteado problema, por cuanto pueden lesionar los derechos sucesorios. La doctrina ha comprendido que las cláusulas restrictivas sólo debían afectar, a la transmisión *intervivo*⁵⁷³.

En conclusión, aquellas cláusulas que prohíben de manera absoluta la transmisión de las acciones, sean estas nominativas o al portador, deberán tenerse como cláusulas que atentan contra el orden público, y por lo tanto son nulas, puesto que nuestro Código de Comercio establece en numerosos artículos la transmisibilidad de las acciones en los artículos 37.4-225-226-229-230-231-232-233-234 CC. Pero también es válido pactar limitaciones referidas a la forma de transmitirla, dejando siempre una puerta abierta que permita su transmisión.

⁵⁷¹ Cfr Chuliá, Vicent; *Op. Cit*; Págs. 326,327

⁵⁷² *Id.*

⁵⁷³ *Id.*

CAPÍTULO X

LA ACCIÓN. AUTOCARTERA. DERECHOS REALES

1. Consideraciones generales

Consisten en la adquisición de acciones pertenecientes a la misma sociedad emisora. Son negocios sobre las propias acciones. Este tipo de actuación de la sociedad puede provocar graves consecuencias⁵⁷⁴:

Desde un punto de vista patrimonial: Puede implicar una restitución de aportaciones a los socios y una liquidación encubierta del patrimonio social, que afectará gravemente a la función de cobertura y de garantía que corresponde al capital social⁵⁷⁵.

Desde una perspectiva corporativa: Estas operaciones ofrecen grave peligro por su especial aptitud para acaparar conductas abusivas o irregulares de los administradores, que podrían distorsionar de esta forma las reglas de formación de la voluntad social –reduciendo el número de acciones en circulación para incrementar la importancia relativa de la participación del socio de control, o sirviéndose de dichas acciones en las Juntas⁵⁷⁶.

1.1 Adquisición originaria de acciones propias

Consiste en la adquisición originaria o suscripción de acciones propias o la adquisición de acciones de la sociedad dominante. En España este tipo de adquisición es prohibida según el artículo 74.1. Comenta Uría, que esta regla encuentra su paralelismo en el principio de “*íntegra suscripción*”. Continúa exponiendo el autor, que el principio trata de garantizar la efectividad del capital social, tanto en la fase de constitución como de cualquier aumento posterior, en el sentido de que la emisión de acciones venga respaldada en todo caso por una aportación patrimonial efectiva⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*; Pág. 846 y ss

⁵⁷⁵ *Id.*

⁵⁷⁶ *Id.*

⁵⁷⁷ *Ibid*, Pág. 848, 849

1.2 Adquisición derivada de acciones propias

A diferencia de la adquisición originaria o auto-suscripción, la adquisición sobrevenida o derivada de acciones propias –conocida como autocartera–, es permitida bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando la compra de acciones propias respondan en ocasiones a finalidades plenamente legítimas –para facilitar la salida de un accionista, para ofrecer las acciones a un inversor determinado o para permitir un intercambio accionarial con otra sociedad, para ofrecer las acciones a los empleados de la sociedad, para proceder a una reducción de capital, etc. La adquisición de acciones propias o de acciones de la sociedad dominante sólo se permite dentro de los límites y con los requisitos que marca la ley⁵⁷⁸.

2. Régimen legal de la adquisición de acciones propias

El Código de Comercio en el artículo 233 prohíbe la adquisición de acciones propias o emitidas por la sociedad anónima y sólo la admiten en los casos siguientes:

2.1 Cuando se compren acciones nominativas ya pagadas o acciones al portador con la autorización de la Junta General y con fondos que provengan de beneficios que no sean destinados al fondo de reserva;

2.2 Cuando la compra se haga en virtud de una autorización prevista de antemano por los Estatutos;

2.3 Cuando se haga con el capital de la sociedad, guardando todas las formalidades exigidas para la reducción del capital social.

Las acciones compradas quedarán por el mismo hecho amortizadas, y la sociedad no podrá emitir nuevas en su reposición.

El artículo 236 del Código de Comercio, establece que la sociedad anónima, tendrá derecho al tanteo, cuando las acciones se rematen judicialmente en venta forzada, así las acciones que se remataren a su favor, quedarán por el mismo hecho amortizadas.

⁵⁷⁸

Id.

La LSA de España en los artículos 79,178, establece que mientras las acciones hayan sido adquiridas por la sociedad, quedan sometidas a un régimen especial:

- Suspensión del derecho de voto y demás derechos políticos, aunque las acciones se computen para los efectos del quórum;
- Los derechos económicos, se atribuyen proporcionalmente a las restantes acciones;
- Establecer en el pasivo del balance de la sociedad adquirente la reserva indispensable;
- Es preciso hacer constar en el informe de la gestión diversas menciones sobre la operación y sobre la situación de las acciones.

Hay que dejar debidamente establecido en el contrato social, el régimen de las acciones propias de la sociedad, en caso contrario, puede causar las situaciones prevista en la introducción del tema.

3. Propiedad y copropiedad

Toda acción confiere a su titular la condición de socio. El titular de la acción es el propietario de la misma. Basta con tener una acción para ser accionista⁵⁷⁹.

La copropiedad puede constituirse mediante un negocio jurídico *inter-vivos* –compraventa– o *mortis causa* –herencia o legado-. La copropiedad puede recaer sobre una acción o sobre un paquete de acciones. La propiedad de la acción puede ser compartida por dos o más personas y para este supuesto la legislación mercantil, establece la indivisibilidad de la acción⁵⁸⁰.

Todos los copropietarios son titulares en la medida correspondiente a su cuota o parte, enajenándola a título oneroso o gratuito. La copropiedad requiere el ejercicio unificado de los derechos, por lo que la copropiedad crea un especial supuesto de separación entre titulares y ejercicio. Para el ejercicio habrá de designarse un representante común que podría ser uno de los comuneros, otro socio o un tercero⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Art. 224-232 CC

⁵⁸⁰ Cfr Ascarelli, Tullio, *Op. Cit.*, pág. 273

⁵⁸¹ Art. 231 CC

En relación a la responsabilidad, debe entenderse que es solidaria de todos por cuanto las obligaciones deriven de la condición de accionista. Por lo tanto, la sociedad podrá dirigir libremente su reclamación contra cualquiera de ellos y no necesariamente contra el copropietario designado, en su caso, para representar a los otros⁵⁸².

De la copropiedad podemos desprender tres reglas:

- La acción es indivisible
- La designación de una persona para el ejercicio de los derechos sociales
- Los copropietarios responderán solidariamente.

4. Derechos reales limitados

La constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá de acuerdo con lo dispuesto en el derecho común. Para que los derechos reales surtan efectos deben inscribirse en el registro de acciones. La constitución podrá efectuarse por medio de endoso acompañado de la cláusula "*valor en garantía*", valor en usufructo o de cualquier otra equivalente⁵⁸³.

Si las acciones están representadas por medio de anotaciones en cuenta, la constitución de derechos reales limitados o de otra clase de gravamen deberá inscribirse en el registro contable correspondiente y desde que se haya practicado la inscripción será oponible a terceros⁵⁸⁴.

4.1 Usufructo de acciones

Las acciones son susceptibles de que se constituyan en usufructo, pero se trata de un usufructo especial debido al conjunto tan variado de derechos que integran el estatus de socio. Este derecho es frecuente por vía *mortis causa*. Nuestro Código de Comercio no regula el usufructo de acciones, por lo tanto, haremos referencia a la legislación Española que contiene una regulación amplia que trata de resolver las siguientes cuestiones: ¿A quién le corresponde

⁵⁸² Art. 234 CC

⁵⁸³ Cfr Lojendio Osborne, Ignacio, *Op. Cit*; Pág. 292

⁵⁸⁴ *Id.*

la condición de socio? ¿Cómo se reparten los derechos entre el nudo propietario y el usufructuario?, ¿Cuál es el régimen de las obligaciones que pesan sobre el accionista? (arts. 67 al 71 de la LSA).

Usufructo de acciones:

4.1.1 En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponden, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario. El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos.

4.1.2 En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, lo previsto en la presente Ley y, supletoriamente en el Código Civil.

4.1.3 Reglas de liquidación

4.1.3.1 Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas.

4.1.3.2 Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación.

4.1.3.3 Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, éste será fijado, a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas, por un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que designe a tal efecto el Registro Mercantil.

4.1.4 *Usufructo de acciones no liberadas*

Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas totalmente, el nudo propietario será el obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de los dividendos pasivos. Efectuado el pago, tendrá derecho a exigir del usufructuario, hasta el importe de los frutos, el interés legal de la cantidad invertida.

4.1.5 *Usufructo y derecho de suscripción preferente*

4.1.5.1 En los casos de aumento del capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado el derecho de suscripción preferente en un término prudencial –diez días dice la ley española-- antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta de los derechos o a la suscripción de las acciones.

4.1.5.2 Cuando se enajenen los derechos de suscripción, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá al importe obtenido por la enajenación.

4.1.5.3 Cuando se suscriban nuevas acciones, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción. Ese valor se calculará para los derechos que coticen en Bolsa por el precio medio de cotización, durante el período de suscripción, y por su valor teórico en los restantes casos. El resto de las acciones suscritas pertenecerá en plena propiedad a aquel que hubiera desembolsado su importe.

4.1.5.4 Los mismos derechos tendrá el usufructuario en los casos de emisión de obligaciones convertibles en acciones de la sociedad.

4.1.5.5 Si durante el usufructo se aumenta el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo.

4.1.6 Pago de compensaciones

Las cantidades que hayan de pagarse en virtud de lo dispuesto anteriormente, podrán abonarse bien en metálico, bien en acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo, calculando su valor por la cotización media el trimestre anterior, si cotizaren oficialmente y en otro caso, por el valor que les corresponda conforme al último balance de la sociedad que hubiere sido aprobado.

Estos criterios o soluciones que presenta la LSA-España pueden ser empleados y regulados en los estatutos de las sociedades nicaragüenses, por cuanto no existe una regulación específica sobre el tema.

Según la doctrina mexicana, el usufructuario de acciones al portador puede comportarse como socio y votar, sin que la sociedad deba ni pueda realizar más averiguaciones que las relativas a la efectiva posesión de las acciones. Si el nudo propietario se opusiese al voto por el usufructuario, el caso deberá resolverse como si las acciones fuesen nominativas⁵⁸⁵.

Si el usufructuario se constituyó sobre acciones nominativas, se requiere un planteamiento distinto del problema, ya que el registro de acciones anuncia como socio al nudo propietario, lo que parece limitar el derecho al mismo, según los principios sobre derecho de voto⁵⁸⁶.

Rodríguez expone cuatro casos que se deben distinguir, para una sistemática resolución⁵⁸⁷:

Primer caso, cuando el título constitutivo del usufructo ha previsto a quién corresponde el derecho de voto, por acuerdo del nudo propietario y del usufructuario, ya sea a favor del primero (por sí o por tercero), o del segundo. Cuando el voto se atribuye al nudo propietario, entonces no hay mayor dificultad de poner a disposición del nudo propietario las acciones, de manera que pueda ejercer el derecho al voto. Cuando el voto se atribuye al usufructuario, la atribución del voto, implica la existencia de un mandato o de una

⁵⁸⁵ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*; pág. 436

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ *Ibid*, Pág. 437, 438

relación de representación, yuxtapuesta a las relaciones jurídicas, propias del usufructo. La sociedad autorizará a votar al usufructuario en atención al pacto con el nudo propietario, en cuyo nombre tendría que actuar.

Segundo caso, cuando el título constitutivo del usufructo no ha establecido régimen alguno para el derecho al voto, pero en los estatutos se encuentra prevista y normada esta situación.

Tercer caso, cuando los estatutos y el título constitutivo del usufructo han regulado la materia. Puede ser que esta doble regulación produzca discrepancias, entre el título constitutivo de usufructo y los estatutos. En este caso debe prevalecer la norma estatutaria, ya que los estatutos son anteriores al usufructo y el que la instituye no puede desconocer las normas estatutarias que lo obligan.

Cuarto caso, cuando ni en la constitución del usufructo, ni en los estatutos, está regulada esta cuestión. En este caso el silencio en ambos instrumentos, obliga a encontrar la solución en las corrientes doctrinales, para ver en definitiva, si el derecho de voto debe atribuirse al nudo propietario o al usufructuario.

La primera, empírica, considera que los tribunales deberán resolver en cada caso a quién corresponde el derecho al voto, basándose en consideraciones de justicia y equidad (COPPER ROYER). Este autor afirma, la necesidad de que los tribunales se pronuncien en cada caso concreto --*ex aequo et bono*--y según las circunstancias. Como circunstancia considera que, en las asambleas ordinarias, normalmente debe decidirse que el voto corresponde al nudo propietario.

ASCARELLI, propone la división del voto entre el nudo propietario y el usufructuario, concediéndole a éste en las asambleas ordinarias y a aquél en las extraordinarias.

DALMASES, atribuye el derecho al voto al usufructuario; para unos porque el voto es un fruto de la misma, para otros, porque el voto es su uso y el uso es forma de goce.

LYON CAEN Y RENAULT, entienden que el derecho de voto corresponde al nudo propietario.

Las teorías anteriores han sido objeto de críticas, por tanto, de lo estudiado hasta este momento y siguiendo los criterios de conclusión de Joaquín Rodríguez en su obra *Tratado de Derecho de Sociedades*, podemos sintetizar los siguientes criterios:

- El usufructo de acciones exige la entrega de las mismas al usufructuario;
- El usufructo, por su propia naturaleza, no transmite el derecho de voto, al usufructuario;
- Tanto cuando se trata de usufructo sobre acciones nominativas, como de acciones al portador, será decisivo el título constitutivo del usufructo; en las primeras, con trascendencia *Inter partes* y frente a la sociedad; en las segundas, sólo con trascendencia *Inter partes*;
- En caso de silencio de las declaraciones estatutarias serán decisivas las del título constitutivo del usufructo;
- En caso de contradicciones sobre este punto, entre los estatutos y el título constitutivo del usufructo, debe privar la regulación establecidos en aquellos;
- Las acciones al portador permiten al usufructuario votar, sin perjuicio de su responsabilidad, frente al nudo propietario en los casos de abuso del voto o de simple incumplimiento de los pactos entre ellos establecidos;
- En el caso anterior, si el nudo propietario se opone al voto del usufructuario, y a éste no se le reconociera tal derecho en los estatutos o en título constitutivo del usufructo, el voto se regirá por la regla siguiente;
- Las acciones nominativas, salvo declaración estatutaria o pacto en su defecto, atribuyen el derecho de voto al nudo propietario.

4.2 La prenda

Se puede constituir derechos reales de prenda sobre las acciones. La prenda se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ Font Ribas, Antoni, *En torno al embargo y secuestro de acciones. El reconocimiento del derecho de debate como instrumento de protección del accionista*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, pág. 604 y ss; *Cfr Logendio Osborne en Jiménez Sánchez, Op. Cit*, Pág. 295

La constitución de prenda sobre acciones o de obligaciones debe hacerse precisamente en la forma que prescribe el artículo 508 del Código de Comercio, es decir, puede ser constituida mediante anotación o traspaso de los títulos en los libros de la sociedad "por causa de garantía"⁵⁸⁹.

La doctrina plantea que la prenda en materia de comercio puede constituirse: por la entrega al acreedor de las acciones al portador; por endoso de las acciones nominativas a favor del acreedor⁵⁹⁰ y anotación relativa en el Registro de acciones de la sociedad⁵⁹¹; por la entrega, con endoso e inscripción en el registro de accionista, cuando se trate de acciones nominativas no negociables. La entrega puede hacerse a tercera persona, en vez del acreedor prendario⁵⁹².

El artículo 72 de la LSA de España, establece que en el caso de prenda de acciones corresponderá al propietario de éstas, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista. El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos. Si el propietario incumpliese la obligación de desembolsar los dividendos pasivos, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí, esta obligación o proceder a la realización de la prenda.

En este caso el conflicto de intereses es menos grave, pero presenta especialidades en la constitución de un derecho real de prenda sobre las acciones por la necesidad de determinar la legitimación frente a la sociedad para el ejercicio de los diferentes derechos.

¿A quién corresponde el voto?

El artículo 68 de la LGTV, prevé la posibilidad del endoso en prenda, pero en definitiva no resuelve la cuestión, puesto que solo dice que el endosatario tiene derecho prendario sobre el título y las facultades

⁵⁸⁹ Arts. 37-230-232 CC; 3733-3734 C

⁵⁹⁰ El artículo 68 de la Ley General de Títulos Valores establece que el endoso en garantía se otorgará con las cláusulas EN GARANTÍA, EN PRENDA u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración. No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores, a menos que el endosatario al adquirir el título haya obrado intencionalmente en daño del deudor.

⁵⁹¹ Art. 37-508 segundo párrafo CC

⁵⁹² Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 430-431

que confiere el endoso en procuración. Entonces tenemos que recurrir a otras fuentes legales para interpretar el texto y determinar si entre los derechos del acreedor prendario figura el derecho al relativo ejercicio del voto.

El Derecho Mexicano establece que la solución debe ser distinta en las siguientes hipótesis⁵⁹³:

- Prenda irregular de acciones al portador: En este caso el acreedor prendario adquiere la propiedad, en tanto se compromete a restituir otros tantos de la misma especie y calidad de los que se le transfirieron, y dada la fuerza legitimadora de la acción al portador, el voto le corresponde al acreedor prendario;
- Prenda regular de acciones al portador: Se trata de acciones al portador identificadas, el acreedor prendario, podrá ejercer el derecho al voto, en relación a la sociedad;

Si el contrato de prenda establece lo contrario, le corresponderá al deudor prendario el derecho al voto.

Prenda de acciones nominativas: La constitución de la prenda debe constar en el título y en el registro de las acciones que lleva la sociedad, con independencia de que las acciones estén en posesión del acreedor prendario, de un tercero o de que la prenda se haya constituido en la forma de *constitutum possessorium*.

Concluye Joaquín Rodríguez, que de lo dicho como tesis general que el acreedor prendario por el sólo hecho de serlo, no está autorizado a votar con las acciones que tiene en prenda, sólo:

- Que las acciones sean al portador y la prenda irregular;
- Que las acciones sean al portador, aunque la prenda sea regular, pues en tal caso el acreedor puede votar –situación de hecho–
- Que el acreedor haya sido autorizado para votar.

De todo lo expuesto, podemos deducir lo siguiente:

Frente a la sociedad, cuando se trata acciones al portador, puede votar el acreedor prendario, o terceros de las mismas; si se trata de acciones nominativas, el derecho al voto le corresponde a la

593 *Id*

persona registrada como accionista, salvo pacto en contrario, entre el acreedor y el deudor prendario. Estos pactos pueden ser de comisión o de mandato.

4.3 Secuestro y Embargo de acciones

Las acciones como objeto mueble puede ser objeto de secuestro en su más amplio sentido. La estructura de los títulos valores y la incorporación del derecho al documento justifican que como precepto general en esta materia, debe tenerse en cuenta el artículo 18 de la Ley General de Títulos Valores en la que dispone que el secuestro o cualquier otro vínculo sobre el derecho consignado en el título, no surtirá efecto, sino se comprende en el título mismo.

Nuestro Código Civil reconoce la figura del secuestro, señalado que es el que hace la autoridad pública o los litigantes⁵⁹⁴. Puede ser convencional, judicial o precautorio⁵⁹⁵.

El secuestro convencional, es el depósito de una cosa litigiosa, constituidos por acuerdo de los litigantes, en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse concluido el pleito⁵⁹⁶. Este secuestro se rige por las reglas del depósito⁵⁹⁷.

El secuestro Judicial es análogo al anterior, no se constituye por acuerdo de los litigantes, sino por decreto judicial. Se rigen por las normas del Código de Procedimiento Civil y en su defecto por las del secuestro convencional.

El secuestro conservatorio o precautorio es el que procede cuando haya temor de que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción personal y se tema que el deudor los oculte o enajene. El secuestro precautorio procede como acto prejudicial y como acto en juicio⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Art. 3450 C

⁵⁹⁵ Art. 3514 C

⁵⁹⁶ Art. 3514 segundo párrafo C

⁵⁹⁷ Arts. 3449 y sig. C

⁵⁹⁸ Art. 889-890 Pr

¿A quién corresponde el derecho al voto?

La doctrina Mexicana señala que cuando se trata de secuestro convencional o judicial, podría concurrir el derecho al voto en tres personas: los litigantes sobre la cosa y el secuestratario. Cuando se trata de embargos, pueden concurrir el acreedor secuestrante, el deudor y el secuestratario. El secuestro cualquiera que sea su forma requiere la tenencia material de la cosa⁵⁹⁹.

La doctrina más común no hace distinción para resolver este problema y afirma que el derecho al voto le corresponde al propietario –secuestrado-. Concluye el autor que si hay pacto o resolución judicial sobre quien deberá votar, a ello deberá estarse para determinar quien vota; pero, en el caso de que el pacto o la resolución judicial no exista, no deberá suspenderse el derecho al voto, porque ello daría lugar a graves perturbaciones, en este caso lo ejercerá el secuestratario, no en nombre propio, sino en representación de las partes⁶⁰⁰.

Lo anterior, ha sido objeto de crítica, porque cuando el secuestro es convencional o judicial, lo que se discute es la propiedad de las acciones en litigio y en consecuencia, la titularidad para el ejercicio de todos los derechos derivados del *status* del socio y entre ellos el de voto, no pueden votar los litigantes ni el secuestratario, porque convencionalmente o por disposición judicial, no tienen la calidad de titular legítimo. Por lo tanto el derecho al voto quedará en suspenso, salvo que al constituirse se hubiera establecido un pacto sobre este derecho o que la resolución judicial prevea a quién corresponda. Esta solución queda reforzada, si se tiene en cuenta que, el secuestratario convencional, se rige por las normas del depósito. La omisión al voto no altera ni menoscaba el derecho que la acción representa⁶⁰¹.

En el secuestro precautorio la situación es más definida, ya que el secuestrado es el titular de las acciones y a él le corresponde el derecho de voto⁶⁰².

⁵⁹⁹ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 427,428, 429

⁶⁰⁰ *Id.*

⁶⁰¹ *Id.*

⁶⁰² *Ibid*, Pág. 430

En caso de embargo, para la ejecución de sentencia, como acto que inicia la ejecución forzosa para obtener el pago por equivalente, cuando no sea posible obtener el pago específico debido, el derecho de voto corresponde al secuestrado, en tanto y en cuanto que conserva su calidad de propietario⁶⁰³.

En virtud del embargo, los bienes (las acciones) quedan en poder del propio demandado o son entregados en depósito a una tercera persona llamado depositario judicial. Mientras no se produzca la adjudicación judicial de los bienes embargados, la propiedad de éstos sigue perteneciendo al demandado, a quien por tal motivo pertenece el derecho de voto de las acciones.

En el embargo de acciones son aplicables las deposiciones sobre la prenda, siempre que sean compatibles con el régimen específico. Han de incluirse aquí, en principio, tanto los embargos preventivos como los embargos acordados dentro de un procedimiento ejecutivo.

Joaquín Rodríguez, expresa que en caso de embargo para la ejecución de sentencia, como acto que inicia la ejecución forzosa para obtener el pago por equivalente, cuando no sea posible obtener específico debido, el derecho de voto corresponde al secuestrado, en tanto y en cuanto que conserva su calidad de propietario⁶⁰⁴. Los embargos previos a la adjudicación, es decir, cuando la sociedad embarga sus acciones por no abonar el socio las exhibiciones pendientes o cuando la sociedad embarga sus acciones en pago por créditos de la sociedad contra el socio titular, se regirá por lo dicho anteriormente. La expresa suspensión del derecho al voto está legalmente prescrita, sólo para el caso de que haya practicado la adjudicación de dichas acciones a la sociedad⁶⁰⁵.

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ Art. 236 según párrafo CC

⁶⁰⁵ *Id.*

CAPÍTULO XI

LOS ÓRGANOS SOCIALES

Para que la sociedad anónima pueda desarrollar sus actividades debe contar con los llamados órganos sociales, a través de los cuales, manifiesta su voluntad y sirve para que los accionistas participen en el funcionamiento.

La sociedad necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos y estipular los negocios de relación con terceros, a través de los cuales realiza el objeto social para cuya consecución fue constituida.

El Código de Comercio dedica el capítulo cinco, sección cuarta y quinta artículos del 243 al 263 sobre los órganos de gobierno, pero existen otras disposiciones que regulan la actuación de los órganos y que trataremos a medida que vayamos estudiando cada uno de ellos.

1. Clases de órganos sociales

En toda sociedad habrán de existir tres órganos sociales concretos: El primero, es denominada Junta General, cuya misión fundamental es reunir a los accionistas para deliberar, con el fin de formar por el sistema de las mayorías la voluntad soberana de la persona jurídica; el segundo, es el órgano de administración, encargado de la gestión interna y de la representación de la sociedad frente a terceros; el tercero, es el de fiscalización y control de las cuentas sociales, conocidos en España como los auditores y en nuestro Código de Comercio como vigilantes. Desde el punto de vista del Autor Manuel Broseta Pont, no se trata de un verdadero órgano social, sino de una instancia de control externo o ajeno a la sociedad, cuya intervención resulta preceptiva en determinadas sociedades⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ Cfr Broseta Pont, *Op. Cit.* Págs 273, 274

En nuestro sistema encontramos los siguientes órganos sociales:

- ⇒ Junta General
- ⇒ Junta Directiva (Administración)
- ⇒ Junta de Vigilancia

2. La Junta General de Accionista

2.1 Concepto

La Junta General de Accionistas, es un órgano de la sociedad, no es la sociedad entera, tiene su propio ámbito de competencia. Es el órgano encargado de formar la voluntad social. Podemos decir que es un órgano deliberante, porque la voluntad se expresa mediante los acuerdos que se adopten. Es el órgano superior de la sociedad, puesto que puede nombrar o destituir a miembros de la administración. Los acuerdos que se emiten por este órgano soberano obligan a los demás órganos de rango inferior. La Junta se caracteriza por ser un órgano de carácter colegial, porque el alcance de sus acuerdos, es interno⁶⁰⁷.

Es el órgano de formación y expresión de la voluntad social, cuyas decisiones correctamente tomadas, obligan a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la Junta. La voluntad social se forma por la concurrencia de voluntades individuales de los socios. Cuando se trate de socio único, en caso de sociedad unipersonal, o del socio preponderante en una sociedad pluripersonal, que tenga participaciones con votos suficientes para decidir los asuntos sociales sin el apoyo de los demás socios. Es una reunión de accionistas que toman acuerdos de conformidad a sus participaciones⁶⁰⁸.

La Junta General, es un órgano necesario, en donde los socios se reúnen al menos una vez al año para censurar o aprobar las cuentas del ejercicio anterior. Los acuerdos de la Junta General son expresión de la voluntad colectiva producidos mediante la reunión, deliberación y votación colegial⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Id.

⁶⁰⁸ Cfr Rodríguez-Menéndez, *Op. Cit.* *Op. Cit.* Pág. 868

⁶⁰⁹ Id

En conclusión, podemos decir, que el funcionamiento de la Junta está basada en conseguir la celebración de una reunión plural de socios; no es una reunión espontánea, sino previamente convocada en la forma que la ley establece; tiene como finalidad deliberar y decidir; los acuerdos de la junta habrán de recaer sobre materias o cuestiones propias de su competencia.

La finalidad de la JGA es deliberar y decidir por mayoría de capital, lo cual significa que sus acuerdos no necesitan ser adoptados por unanimidad ni se puede exigir ésta para su válida adopción⁶¹⁰.

Aníbal Solórzano citando a Vivante, presenta a la asamblea, como un órgano supremo de la sociedad; que sin su existencia no hay sociedad, ya que es la esencia a ella, es un órgano que no es administrativo, como es la junta directiva; tiene todos los poderes, salvo en determinados casos y puede considerar lo resuelto; constituye un poder deliberador; el alma de la persona moral de la sociedad. Hay asambleas constitutivas que tienen por objeto la aprobación de los aportes, designación de la Junta Directiva, etc. Asamblea General ordinaria, que recibe las cuentas, aprueba el balance, aprueba los dividendos, aprueba los actos del gerente, etc. Y Asamblea Extraordinarias que tiene por objeto cambiar los estatutos. La palabra extraordinaria no debe tomarse como excepción; el carácter de extraordinaria, es porque va contra el orden, es decir, contra la organización estatutaria⁶¹¹.

Fernando Sánchez Calero, aclara que la consideración de la Junta como órgano soberano de la sociedad, responde en cierto sentido, al ideal "democrático" de la sociedad anónima, en la cual los administradores están sometidos a la voluntad de los socios adoptada en esa junta. En las grandes sociedades abiertas, en especial las sociedades bursátiles (o sociedades cuyas acciones se cotizan en bolsa), el número elevado de los accionistas, la mayoría de ellos pequeños accionistas, hacen que se desinteresen de la Junta General y cedan su representación a los propios administradores, vinculados al grupo que controla la sociedad. Esto hace, en estos subtipos de sociedades, que los papeles se inviertan, en cuanto que

⁶¹⁰ Cfr. Vicent, Chuliá, *Op. Cit.*, pág. 357

⁶¹¹ Cfr. Solórzano, Aníbal, *Op. Cit.*, pág. 167

los administradores adquieren un poder y una independencia grande respecto a la Junta General, cuyos acuerdos son cuidadosamente preparados por ellos. El poder se desplaza de hecho de la Junta a los administradores de la sociedad. Esta situación no se da, por supuesto, en las sociedades "cerradas" de pocos socios, en las cuales se conserva de hecho el predominio de la Junta General sobre los administradores⁶¹².

Continúa exponiendo el autor, que la situación descrita puede modificarse en los próximos años como consecuencia de la influencia que el uso de *Internet* ha de tener sobre la vida de las grandes sociedades. Aún cuando, como suele enseñarnos la experiencia histórica, la evolución legislativa se produce con una considerable lentitud sobre los hechos hacia los que se dirige, las modificaciones que el uso de *internet* va a provocar en aspectos fundamentales de las grandes sociedades, ya han sido advertidas por la doctrina, sin perjuicio de que en aquellos Estados más sensibles hacia la regulación de la gran sociedad ya se atisban inminentes medidas legislativas. En concreto, el funcionamiento de la Junta General puede verse alterado con respecto a lo que es la práctica actual si se advierte que hechos como la convocatoria de la Junta, la representación de los accionistas y el voto de éstos pueden realizarse vía *Internet*⁶¹³.

2.2 Competencia

La competencia se refiere a las atribuciones específicas que tiene este órgano deliberante, es decir, cuáles son los asuntos sobre los que la Junta puede deliberar y acordar. Antes de abordar este tema tenemos que dejar claro que a pesar de llamarle a la Junta General "*la soberana*", ésta, no tiene poder ilimitado, porque su soberanía está delimitada por la ámbito de su propia competencia.

La competencia viene delimitada ante todo por las competencias específicas de los demás órganos. En este sentido hay que tomar en cuenta que el órgano de administración es el encargado de la gestión de la sociedad. En consecuencia, las competencias de gestión le corresponden a éste, que no puede ser privado de ella, lo que viene confirmado por su régimen de responsabilidad. La Junta tiene las

⁶¹² Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, págs. 361, 362

⁶¹³ *Id*

competencias específicas relacionadas con la gestión que la ley le atribuye y de los estatutos y además por el interés social, siendo impugnables los acuerdos contrarios al mismo. La junta encuentra como limite en su competencia el respeto de los derechos de los socios, sean proporcionales, individuales o minoría. Tampoco puede la junta crear desigualdades entre socios, salvo en los términos previstos en la propia ley, tal como lo hemos visto al estudiar las acciones privilegiadas. La junta en su actuación no puede contradecir los principios configuradores de la sociedad anónima⁶¹⁴.

Atribuciones de la Junta General de Accionistas establecidas en el Código de Comercio:

2.2.1 La censura de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y la aplicación de resultados. Es decir, a la Junta le corresponde el examen y aprobación del balance respectivo de ganancias. Este balance lo tendrá preparado con anticipación la Junta Directiva⁶¹⁵.

2.2.2 El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y en su caso de los auditores de cuentas-vigilantes⁶¹⁶.

2.2.3 La autorización de los administradores para el ejercicio del comercio de manera personal, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo, o complementario al género de la actividad que constituye el objeto social⁶¹⁷.

2.2.4 La modificación de los estatutos sociales⁶¹⁸.

2.2.5 Aprobar el aumento y reducción de capital social⁶¹⁹.

2.2.6 La transformación, escisión y fusión de la sociedad⁶²⁰.

2.2.7 La disolución de la sociedad⁶²¹.

⁶¹⁴ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit*, *Op. Cit*. Pág. 300, 301

⁶¹⁵ Art. 257 CC

⁶¹⁶ arts. 243-244-273-246 CC

⁶¹⁷ Art. 245 párrafo cinco CC

⁶¹⁸ Arts. 210-212 y 262 CC

⁶¹⁹ Arts. 212-214-215.1-262.4, 5 CC

⁶²⁰ Arts. 262.6-263 CC

⁶²¹ Art. 262.2 CC

2.2.8 Emitir los estatutos de la sociedad⁶²².

2.2.9 Aprobar el inventario, balance y cuenta de la gestión final⁶²³.

2.2.10 Autorizar a los liquidadores: a continuar el comercio de la sociedad, tomar dinero prestado; hipotecar o enajenar bienes inmuebles, transigir; desistir cualquier pleito en que la sociedad sea parte⁶²⁴.

2.2.11 Autorizar la compra de acciones propias, en los casos expresamente señalados⁶²⁵.

2.2.12 Nombramiento del gerente⁶²⁶.

2.2.13 Acordar y distribuir dividendos⁶²⁷.

2.2.14 Tomar los acuerdos sociales⁶²⁸.

2.2.15 Establecer el régimen para la liquidación y participación de la sociedad⁶²⁹.

2.2.16 Cualquier otro asunto que determinen la ley o los estatutos, como puede ser: La Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter para su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

2.3. Clases de Junta

La Junta General de Accionistas puede ser ordinaria y extraordinaria⁶³⁰.

⁶²² Art. 202.2 CC

⁶²³ Art. 274 CC

⁶²⁴ Art. 277 CC

⁶²⁵ Art. 233 CC

⁶²⁶ Art. 250 CC

⁶²⁷ Art. 259 CC

⁶²⁸ Arts. 254-262-260 CC

⁶²⁹ Arts. 272 CC

⁶³⁰ Art. 251.1 CC

2.3.1 Junta General Ordinaria: Se celebra por lo menos una vez al año⁶³¹. Debe estar debidamente señalada en el contrato social. En la práctica se reunirán necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación de resultado. Según Uría, el examen y aprobación, en su caso de las cuentas y el balance es una facultad indelegable, de la que no puede desprenderse la Junta General Ordinaria a favor de ningún otro órgano social. La Junta General puede deliberar y tomar acuerdos sobre cualquier asunto o materia, por relevante y extraordinario que resulten⁶³².

2.3.2 Junta General Extraordinaria: Se convocará siempre que lo crea conveniente la Junta Directiva, o cuando lo pidan por escrito y con expresión del objeto y motivos, los accionistas cuya participaciones reunidas represente, al menos, la vigésima parte del capital social. Si el contrato social concede ese derecho a los accionistas que representen menos, se observará lo pactado. De la misma manera tienen los accionistas el derecho de pedir que se anuncien determinados asuntos como objeto de la deliberación de la Junta General⁶³³.

Si la Junta Directiva se negare a convocar la Junta General solicitada por los socios en el caso del artículo 251 CC, podrán los interesados ocurrir al Juez de Comercio, para que la convoque y presida hasta dejarla organizada⁶³⁴.

Otros tipos de Asambleas:

2.3.3 Junta General Constitutiva:

Es aquella que se celebra, en el caso de la constitución de una sociedad anónima por suscripción pública, con el fin de aprobar y ratificar la constitución de la sociedad. Esta Junta se convoca una vez que se haya suscrito íntegramente el capital social⁶³⁵.

⁶³¹ Art. 251.2 CC

⁶³² Cfr Uría-Menéndez, *Op. Ct.* Pág. 871

⁶³³ Art. 251.3 CC

⁶³⁴ Art. 252 CC

⁶³⁵ Art. 221 CC

2.3.4 Juntas Especiales:

En este caso concurren titulares de acciones de una misma clase perjudicadas por un acuerdo de modificación o de fusión⁶³⁶. También puede constituirse la Junta Especial por sólo una parte de las acciones de una clase, si la modificación de los estatutos no perjudica a la totalidad. Si son varias clases las afectadas se pueden constituir una junta especial por cada una de ellas. Estas juntas no son necesarias. El acuerdo de los accionistas afectados se puede adoptar por medio de votación separada de la Junta General⁶³⁷.

Nuestra legislación comercial no contempla de manera expresa este tipo de Juntas Especiales, es decir, aquellas en que se reúnen accionistas con derechos particulares, pero el artículo 211.2 establece que es necesario el consentimiento de los accionistas perjudicados para modificar los derechos especiales de que gozan sus acciones y siendo que no se determina la forma en que dicho consentimiento debe ser manifestado, podemos asimilarlo a las Juntas Especiales convocadas al efecto.

2.3.5 Juntas Universales:

Es aquella que se entiende convocada sin estarlo, cuando esté todo el capital social, incluidas las acciones sin voto y los asistentes acepten por unanimidad su celebración. Es frecuente en sociedades de pocos socios. Tiene la finalidad de evitar las formalidades de convocatoria. En términos prácticos podemos decir que este tipo de juntas fue convocada de manera informal y sin dar cumplimiento al estricto procedimiento. Las razones por las que en este caso decaen los requisitos son claras, es decir, esos requisitos se establecen en garantía de los propios accionistas⁶³⁸.

Los requisitos para la celebración de este tipo de junta son:

- Que esté presente todo el capital. Tanto los accionistas con votos y sin derecho al voto;
- Que los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta;

⁶³⁶ Art. 211 segundo párrafo CC

⁶³⁷ Cfr Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 301

⁶³⁸ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, págs. 875, 876

- Podrá celebrarse en cualquier lugar o localidad distinta del domicilio social;

- Bastará la ausencia o la oposición de un accionista, por insignificante que sea su participación social, para que la Junta no pueda celebrarse.

2.3.6 Juntas o Asambleas Mixtas

De acuerdo al Jurista Oscar Vásquez del Mercado⁶³⁹, muchas veces en virtud de circunstancias que prevalecen en la sociedad, y con solo el objeto de simplificar las dificultades que pudiesen existir para la celebración de dos asambleas –ordinarias y extraordinarias--, se convoca a los accionistas a una sola reunión en la que se delibera y se resuelve materias de la competencia tanto de las asambleas ordinarias como de las extraordinarias. Se delibera, por una parte, como si se tratase de una asamblea ordinaria y por la otra, como si se hubiese celebrado una asamblea extraordinaria. En la práctica se delibera primero los asuntos de la asamblea extraordinaria y después los asuntos de la asamblea ordinaria. El quórum debe ser el necesario para las asambleas extraordinarias. Las resoluciones que se tomen pueden recaer en materia de competencia de las asambleas ordinarias y extraordinarias y en virtud de la mayoría que se requiere en cada caso varía. En nuestro sistema la mayoría requerida para resolver válidamente sobre la materia de la competencia de las asambleas ordinarias, deberá ser la establecida por esta clase de asamblea, es decir, de la mayoría de los votos presentes⁶⁴⁰. En cambio, cuando deba resolverse sobre asuntos de la asamblea extraordinaria, las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos la mitad del capital social⁶⁴¹.

Aunque nuestra legislación no regula esta clase de asambleas, es posible llevarlas a cabo. Estas asambleas no están prohibidas por nuestro Código de Comercio, por lo tanto, podrán celebrarse válidamente si se reúnen las condiciones impuestas en cada asamblea.

⁶³⁹ Vásquez del Mercado, Oscar, *Asambleas y Fusión de Sociedades Mercantiles*, editorial Porrúa, S.A. México, 1976, págs. 36,37,38

⁶⁴⁰ Art. 254 CC

⁶⁴¹ Art. 262 CC

2.4 Convocatoria

Para que la Junta General goce de validez jurídica es necesario que haya sido previamente convocada de acuerdo a lo previsto en los estatutos y la ley su caso. La convocatoria ha de servir a los socios para que tengan conocimiento de esa celebración en un determinado lugar y fecha, para que puedan asistir a la misma y para que estén informados acerca de los asuntos sobre los que en ella se va a deliberar y los acuerdos cuya aprobación va a someterse en la propia junta.

2.4.1 Requisitos formales para la convocatoria de la Junta General

2.4.1.1 Primera Convocatoria: La convocatoria tanto para Junta Ordinaria como extraordinaria se hará por avisos que se publicarán en el periódico oficial del Gobierno⁶⁴² con quince días de anticipación, por lo menos al que la reunión haya de verificarse. Para este cómputo no se contarán ni el día de la convocatoria ni el de la sesión. La Junta ordinaria no podrá constituirse si no estuvieren representadas más de la mitad de las acciones –*quórum*–⁶⁴³. El aviso expresará la fecha, lugar, material de reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse. Este requisito determina el orden del día, ya que sirve para delimitar los asuntos sobre los que la junta puede deliberar y tomar acuerdos⁶⁴⁴.

2.4.1.2 Segunda convocatoria: Si no pudiese constituirse la Junta General Ordinaria o Extraordinaria por falta de número de acciones representadas, se hará segunda convocatoria con diez días de anticipación, por lo menos y se verificará la Junta cualquiera que sea el número de accionistas que concurran. Este último plazo puede ampliarse⁶⁴⁵. El aviso contendrá los mismos requisitos de la primera, excepto con la fecha de celebración.

⁶⁴² La publicidad es un requisito indispensable previo a la asamblea ordinaria o extraordinaria, nuestro código de comercio se refiere a éste requisito señalando que debe el periódico oficial del gobierno, es decir, en la Gaceta Diario Oficial, la cuál debe ser del domicilio de la sociedad, sin menoscabo de que paralelamente se haga por los medios de mayor circulación en dicho domicilio.

⁶⁴³ Arts. 124.6-253 primer párrafo CC

⁶⁴⁴ Cfr Broseta Pont, *Op. Cit.* Pág. 278-279

⁶⁴⁵ Art. 253 segundo párrafo CC

¿Quién convoca a Junta General Ordinaria o Extraordinaria?

La Convocatoria de la Junta General Ordinaria: Es determinada en los estatutos, como deber de la junta directiva⁶⁴⁶. En la práctica le corresponde hacer la convocatoria al presidente de la Junta Directiva –JD– por medio del secretario.

La Convocatoria de la Junta General Extraordinaria: Le corresponde a la Junta Directiva la facultad de convocarlas, siempre que ésta lo estime conveniente o cuando lo soliciten por escrito y con expresión del objeto y motivos, los accionistas cuya participaciones reunidas represente al menos, la vigésima parte del capital social⁶⁴⁷.

Excepcionalmente le corresponde al Juez Civil de Distrito del domicilio social, convocar a la Junta General Extraordinaria a petición de los socios minoritarios, cuya solicitud ante la junta directiva es rechazada. El Juez la presidirá hasta dejarla organizada⁶⁴⁸. En este caso de *convocatoria judicial*, si la Junta Directiva no accede –respuesta negativa– o acceden, pero no convocan dentro del plazo de quince días, la minoría establecida en el artículo 251 CC, podrá pedir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, que ordene la publicación de la convocatoria. Esta autoridad judicial es el juez de primera instancia o el de Distrito, ante quien la minoría demandante deberá acreditar su legitimación mediante la exhibición de las acciones y manifestar cuál es el orden del día que debe incluirse en la convocatoria. Ante la misma autoridad judicial deberá probarse que se ha solicitado infructuosamente a la Junta Directiva. En la práctica mexicana si el juez denegase la orden de convocar, procede el recurso de apelación⁶⁴⁹.

En la convocatoria extraordinaria de la Junta General se hará constar el objeto de la sesión. Los acuerdos y resoluciones que se tomen sin este requisito no tendrán valor alguno contra los socios que no hubiesen concurrido⁶⁵⁰.

Los casos especiales de convocatoria a Junta General Extraordinaria son los siguientes⁶⁵¹:

⁶⁴⁶ Art. 251 segundo párrafo CC

⁶⁴⁷ Art. 251 tercer párrafo CC

⁶⁴⁸ Art. 252 CC

⁶⁴⁹ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*. T. II, 5ª Ed. Porrúa, México. 1977, págs. 27-28

⁶⁵⁰ Arts. 255-210 CC

⁶⁵¹ Art. 262 CC

- Disolución anticipada de la sociedad (Art. 223 CC);
- Prorroga de su duración (Art. 268 CC);
- Fusión con otra sociedad (Arts. 263, 325 CC);
- Reducción de capital social (Arts. 212, 297, 305 CC);
- Reintegración o aumento del mismo capital (Art. 13 inc. K CC);
- Cambio de objeto de la sociedad (Arts. 124 inc. 3, 201 CC);
- Toda otra modificación del acto constitutivo (Arts. 211, 213, 217, 253, 254 CC).

2.5 Constitución

2.5.1 Quórum

Para que la constitución a Junta General sea válido y la Junta pueda actuar como órgano, debe de cumplirse la exigencia de quórum, *-el quórum es el número de acciones necesarias para que la Asamblea pueda deliberar y que deben concurrir, sea con su persona o por medio de mandatarios-* es decir, tiene que concurrir el número de acciones exigidos por los estatutos o la ley. Los requisitos del quórum pueden ser más rigurosos cuando se trate sobre asuntos relevantes. Los estatutos pueden elevar el quórum, de tal forma que puede haber quórum estatutarios distintos a los legales.

Junta General Ordinaria: Para la primera convocatoria la Junta no podrá constituirse si no estuviera representada más de la mitad de las acciones-*pueden ser acciones suscritas y no pagadas*⁶⁵²- Si no se logra *quórum* en la primera convocatoria, se procederá a la segunda convocatoria con diez días de anticipación, por lo menos y se verificará la Junta con cualquiera que sea el número de accionistas que concurren⁶⁵³.

⁶⁵² Arts. 253 primer párrafo -234 CC

⁶⁵³ Art. 253 segundo párrafo CC

Junta General Extraordinaria: El quórum en la Junta General Extraordinaria requiere la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital social⁶⁵⁴.

2.6 Derecho de asistencia

El derecho de asistencia está relacionado con el derecho al voto, que es la expresión de las acciones que tiene el socio y que dichas acciones le dan el derecho de ejercitarlo. En principio, todos los socios tienen derecho de asistencia, sean éstos, propietarios de acciones nominativas o al portador. Lo tienen incluso los titulares de acciones sin derecho al voto. El derecho de asistencia lo tiene todo aquel accionista que tenga una acción por lo menos, por lo que hace que toda acción da derecho a un voto. Los estatutos pueden limitar el derecho de asistencia exigiendo respecto de todas las acciones la posesión de un número mínimo de acciones⁶⁵⁵.

Los accionistas sin derecho al voto, están legitimados para impugnar los acuerdos sociales, si los acuerdos son anulables, tienen que hacer constar en acta su oposición en caso de haber asistido⁶⁵⁶.

Salvo disposición contraria en los estatutos.

La LSA española dispone en el artículo 104, que tienen derecho de asistencia los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas en anotaciones en cuenta inscritas en su respectivo registro con cinco días de antelación a aquel en que hayan de celebrarse la Junta, y los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones en la forma prevista en los estatutos por la ley.

Como podemos observar, la disposición española señala un requisito previo para tener derecho de asistencia, en nuestro sistema jurídico, tal situación no se presenta, por lo que basta con la inscripción en el registro correspondiente previo a la celebración de la Junta⁶⁵⁷, pero

⁶⁵⁴ Art. 262 CC

⁶⁵⁵ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.* Pág. 368

⁶⁵⁶ Cfr. Logendio Osborne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 305-306

⁶⁵⁷ Arts. 230-37 CC

si los estatutos disponen este requisito como lo establecido en ley citada, entonces el derecho de asistencia se vería limitado.

El artículo 104.2 y 3 de la LSA, prescribe que además de los accionistas, tienen derecho de asistencia otras personas vinculadas a la sociedad o afectas por la actividad, entre ellas tenemos los titulares de bonos de disfrute, al comisario del sindicato de obligacionistas. En nuestro caso puede ser el establecido en el artículo 212, 213, 214, 215 sobre la reducción del capital, en este caso puede estar presente los acreedores de la sociedad, quienes pueden manifestar su consentimiento a la reducción.

Los estatutos pueden autorizar la asistencia incluso de otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales.

En todos los supuestos anteriores, podemos reconocer el derecho de voz, pero no de voto, porque de lo contrario altera el principio de proporcionalidad⁶⁵⁸.

2.7 Representación

El accionista con derecho de asistencia puede hacerse representar en la Junta General por otra persona que no tiene por qué ser accionista⁶⁵⁹. Los estatutos pueden limitar esa facultad, pero lo que no puede establecer en los estatutos, es negar el derecho de asistencia. La representación puede ser conferida tanto a una persona natural como a las personas jurídicas⁶⁶⁰.

Por lo general la representación se da por escrito y con carácter especial para cada Junta. El documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho al voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas. El representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de

⁶⁵⁸ *Id*

⁶⁵⁹ Señala Joaquín Rodríguez, que la representación puede estar vinculada por ejemplo, a un contrato de depósito, de prenda, de usufructo, de préstamo o de mandato. (Rodríguez, Joaquín. T. I. Pág. 442)

⁶⁶⁰ *Cfr* Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 883, 884

perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en el que explique las razones del voto⁶⁶¹.

En principio todo socio puede hacerse representar en la Junta General en la forma que determinen los estatutos. Éstos fijarán si la representación ha de hacerse por escrito, telegrama o por carta; o se precisa de un documento notarial o basta uno privado⁶⁶².

Conviene que los estatutos se refieran a la forma de representación en los casos especiales de usufructo, fideicomiso, depósito, y embargo de acciones.

Es posible que se limite la posibilidad de representación a favor de determinada categoría de personas, es decir de otros accionistas, también es posible que se establezcan muy variadas exigencias de carácter formal.

Asistencia mediante la agrupación de acciones. Cuando no todos los socios tienen derecho de asistencia, sino que los estatutos exigen validamente la posesión de un número mínimo de acciones y de capital para asistir a la Junta General, los accionistas que no lleguen al número mínimo podrán agruparse para alcanzarlos, designando en este caso un representante de la agrupación, para que asista y vote en representación de ellos. Puede ser uno de los accionistas o un tercero, excepto que los estatutos exijan la condición de ser accionista⁶⁶³.

La representación puede ser directa e indirecta. Si las acciones son nominativas la representación tiene que ser directa *—en nombre y por cuenta—*, salvo los casos de transmisión fiduciaria. Si las acciones son al portador cabe la representación directa o indirecta *—voto en nombre y por cuenta o sólo por cuenta—* El representante para votar no sólo ha de acreditar su calidad como tal⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ *Id*

⁶⁶² *Id*

⁶⁶³ Cfr Broseta, Pont, *Op. Cit.*, Pág. 280

⁶⁶⁴ Cfr Rodríguez Rodríguez, TI, *Op. Cit.*, pág. 445-446

perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en el que explique las razones del voto⁶⁶¹.

En principio todo socio puede hacerse representar en la Junta General en la forma que determinen los estatutos. Éstos fijarán si la representación ha de hacerse por escrito, telegrama o por carta; o se precisa de un documento notarial o basta uno privado⁶⁶².

Conviene que los estatutos se refieran a la forma de representación en los casos especiales de usufructo, fideicomiso, depósito, y embargo de acciones.

Es posible que se limite la posibilidad de representación a favor de determinada categoría de personas, es decir de otros accionistas, también es posible que se establezcan muy variadas exigencias de carácter formal.

Asistencia mediante la agrupación de acciones. Cuando no todos los socios tienen derecho de asistencia, sino que los estatutos exigen validamente la posesión de un número mínimo de acciones y de capital para asistir a la Junta General, los accionistas que no lleguen al número mínimo podrán agruparse para alcanzarlos, designando en este caso un representante de la agrupación, para que asista y vote en representación de ellos. Puede ser uno de los accionistas o un tercero, excepto que los estatutos exijan la condición de ser accionista⁶⁶³.

La representación puede ser directa e indirecta. Si las acciones son nominativas la representación tiene que ser directa *—en nombre y por cuenta—*, salvo los casos de transmisión fiduciaria. Si las acciones son al portador cabe la representación directa o indirecta *—voto en nombre y por cuenta o sólo por cuenta—* El representante para votar no sólo ha de acreditar su calidad como tal⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ *Id*

⁶⁶² *Id*

⁶⁶³ Cfr Broseta, Pont, *Op. Cit.*, Pág. 280

⁶⁶⁴ Cfr Rodríguez Rodríguez, TI, *Op. Cit.*, pág. 445-446

Cuando se trate de representante legal de incapaces o de sociedades, o de cualquier otra clase de representante legal, valdrá lo dicho⁶⁶⁵.

Caso especial de la cesión legitimadora. Tiene su origen en Alemania. La cesión legitimadora, se presenta cuando se transmite la acción para que el adquirente pueda votar con ella como si fuese suya, a pesar de que el cedente es y quiere seguir siendo dueño. No se trata de una transmisión de dominio, ni de una transmisión fiduciaria, ni siquiera de una representación. No es un caso de transmisión de propiedad, porque el que transmite la acción y el que la recibe, convienen en que el primero es y va a seguir siendo el dueño. No es una transmisión fiduciaria, pues en éste hay una transmisión de dominio temporal, lo que no está en intención de las partes que realizan una cesión legitimadora. Tampoco hay representación, por que lo típico de ésta es obrar por cuenta ajena; mientras que en la cesión legitimadora lo típico es que el que vota con acción ajena, lo hace en interés y por cuenta propia. En este caso el transmitente es y quiere seguir siendo propietario y accionista, pero el accionista por legitimación no es un simple representante, sino que más bien recibe un derecho propio por el ejercicio de los derechos del accionista⁶⁶⁶.

La cesión legitimadora ha llegado a tener una amplia difusión en todas partes, donde las sociedades anónimas han llegado a adquirir una cierta densidad. Se encuentra en Alemania, en Suiza, en Austria, en Italia y en España. Esta institución se encuentra estrechamente vinculada con la de los depósitos bancarios de títulos valores, que los bancos depositarios utilizan en su favor y para mantener su control e influencia sobre amplios grupos de sociedades, con mucha mayor extensión de lo que permitiría su propio capital⁶⁶⁷.

Esta institución es producto de la voluntad de las partes, no expresamente prohibido por la legislación comparada, ni por la nuestra, que guarda silencio sobre el particular, por lo debe estimarse lícita, salvo que se emplee para eludir prohibiciones legales.

⁶⁶⁵ *Id*

⁶⁶⁶ *Id*

⁶⁶⁷ *Id*

2.8 Funcionamiento de la Junta, deliberación y adopción de acuerdos

Para que la Asamblea General pueda tomar acuerdos en el marco de su competencia, precisa como hemos indicado que la reunión de los socios se haga previo al cumplimiento de una serie de requisitos y con observancia de otros, en ambos casos, legal o estatutariamente determinados (Convocatoria, Publicidad). Aunque podemos encontrarnos con una Asamblea General válidamente reunida y con capacidad decisoria legal, que puede adoptar acuerdos inválidos.

La regulación sobre la convocatoria no se refiere al lugar de celebración de la Junta, sin embargo, ésta puede ser en el lugar donde tenga su domicilio la sociedad. En la práctica, las asambleas se reúnen en los locales en que están situadas las oficinas sociales, pero no precisa que sean en éstas. La convocatoria debe precisar el lugar y el local material de la reunión y las especificaciones necesarias para su determinación.

La sesión se hará con 15 días de anticipación, en este computo no se toma en cuenta el día de la convocatoria, ni el día de la sesión. En el caso de segunda convocatoria, ésta se hará con diez días de anticipación.

El desarrollo de las Juntas Generales está a cargo del presidente y secretario de la Junta Directiva o a los que hagan sus veces en la sesión, éstos se encargan de la conducción del debate, de las votaciones y de la observancia de las disposiciones legales y estatutarias. Las funciones de uno y el otro son las normales del cargo. Entre las funciones están las siguientes: Redactar la lista de asistencia, comprobar la convocatoria y la calidad de los asistentes, dirigir las discusiones, garantizar el orden de la sesión, poner en votación las cuestiones y hacer levantar el acta correspondiente⁶⁶⁸.

El ejercicio del derecho al voto y la resolución de las asambleas dependen normalmente de una adecuada información sobre los puntos sometidos a la deliberación de la Junta. Por esta razón, y como una excepción más al secreto de los libros del comerciante, desde la convocatoria hasta la celebración de la asamblea, los libros y documentos relacionados con los asuntos sometidos a ésta, estarán

⁶⁶⁸ Cfr. Rodríguez, Rodríguez, TII, *Op. Cit.*, pág. 36-37

en las oficinas de la sociedad a disposición de los accionistas, este derecho debe ejercerse desde la convocatoria hasta la clausura de la asamblea, no antes ni después. No hay ningún inconveniente en que los accionistas ejerzan su derecho de información, por medio de un representante. El derecho de información implica, además, el de copiar los datos y documentos que interesen⁶⁶⁹.

Antes de entrar a la orden del día⁶⁷⁰ se forma la lista de asistentes con expresión de todos los datos que se piden, especificando el capital que corresponde a los accionistas con derecho al voto. Es decir, se abrirá la sesión, comprobando el cumplimiento de los requisitos de convocatoria, y publicidad. Formada la lista de asistencia⁶⁷¹, abrirá los debates y los dirigirán, conservando el orden del día y se procede a la deliberación de los asuntos. Es recomendable que los estatutos establezcan la forma de hacerlo. Como complemento del derecho a deliberar, los accionistas tienen derecho de información. Terminada la deliberación a juicio del presidente, se procede a la votación, de conformidad a los estatutos⁶⁷².

⁶⁶⁹ Arts. 203-205 CC

⁶⁷⁰ *Orden del día*: Es la relación de asuntos sometidos a la discusión y aprobación de la Asamblea General. La asamblea sólo resuelve asuntos comprendidos en aquella y no puede resolver sobre aquellos asuntos no incluidos en la misma. El enunciado del orden del día debe ser preciso y claro, de modo que cada propuesta quede individualizada y no permita equivoco. Puede ser que la orden del día esté redactado de tal modo, que los asuntos que comprende no pueden ser aprobados separadamente. Se habla en este sentido de una indivisibilidad de la orden del día. La Asamblea General puede resolver sobre asuntos que sean consecuencias normales del punto sometido a su consideración. De manera tal que la asamblea podrá delimitar qué materias deben ser consideradas como consecuencia normal de los temas indicados en el orden del día, es un problema de hecho. Aquellos asuntos no comprendidos en el orden del día puede ser sometido a decisión, siempre que estuviere presente la totalidad de los accionistas, en caso contrario los acciones ausentes podrán impugnar los acuerdos. Existen cuestiones fundamentales de competencia para las asambleas ordinarias: las relativas al balance, nombramiento y revocación de administradores y su remuneración, distribución de las ganancias deben comprenderse siempre en la orden del día, aunque no se mencionen expresamente en ella. Existen asuntos que no requieren resolución, es decir, las comunicaciones de conocimiento y demás naturaleza análoga. (Rodríguez, Joaquín. Pág. 30,31,32)

⁶⁷¹ Nuestro Código no especialmente la lista de asistencia, los artículos 36 y 256 CC prescribe que se harán constar en el libro de acta los concurrentes y sus representantes, con el número de acciones que representen, así como el número de votos de que pueden hacer uso. No hay lista de asistencia, sino que las asistencias se hacen constar en el texto de la propia acta. Por razones de comodidad pueden prepararse listas de asistencia, aunque sean documentos que carecen de valor. Esta lista se redacta por el secretario de la asamblea o por escrutadores, mediante anotaciones del nombre del asistente, el número de acciones que tiene y, en su caso, de la indicación de ser representante del titular.

⁶⁷² Cfr Rodríguez Rodríguez, TII, *Op. Cit.*, pág. 36-37

Los acuerdos de la Junta Ordinaria son tomadas por mayoría, es decir, de tal manera que dicho acuerdo obliga a todos los socios incluso los desdientes y los que no hayan participado en la reunión. Los votos corresponden al titular de la acción con derecho al voto en proporción al capital. Por lo tanto, nuestro Código de Comercio prescribe que la resolución de la Junta General Ordinarias se formará con más de la mitad de los votos, entendiéndose que cada acción da derecho a un voto. Lo dispuesto en el artículo 254 CC, se entiende sin perjuicio de los casos en que la Ley, el contrato social o los Estatutos exijan un número determinado de votos para los acuerdos de la Junta⁶⁷³.

Para la Junta General Extraordinaria, la mayoría a la que se refiere el artículo 262 requiere el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, pero la ley también establece que se requiere siempre la presencia de las tres cuartas partes del capital para que haya quórum; salvo disposición contraria en los estatutos. Los acuerdos tomados sobre: fusión, aumento de capital, cambio de objeto y prorroga, podrá cualquiera de los socios disidente separarse de la sociedad exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al capital social, conforme al último balance aprobado. Este derecho puede ser ejercido en el momento de la celebración de la junta o dentro de tres días a la clausura del mismo y para los ausentes dentro de un mes de publicada la resolución respectiva⁶⁷⁴.

Sistema de votación

Se refiere al procedimiento material de formulación del voto y computación del mismo. Nuestro Código de Comercio no ha dispuesto nada sobre el particular. La doctrina identifica dos tipos de votaciones: votaciones económicas y nominales. En la práctica, los estatutos distinguen entre votaciones ordinarias, llamadas económicas y votaciones nominales. En las primeras, se establece el resultado por simple apreciación visual; en la segunda, precisa que cada votante se identifique, o identifique por lo menos las acciones que represente y la tercera, Las votaciones nominales pueden hacerse por llamamiento de cada accionista a través de la presidencia, o bien mediante la entrega de boletines a cada accionista, para que exprese su voto

⁶⁷³ Art. 254 CC

⁶⁷⁴ 262 *in fine* CC

en los mismos, y luego son depositados en urnas. Como en las sociedades anónimas se exigen determinados quórum de votación, es conveniente la práctica de las votaciones nominales⁶⁷⁵.

Valor del voto

Realizada la votación y establecida la voluntad de la asamblea, la resolución tiene eficacia para obligar por igual a todos los socios, presentes y ausentes, sin distinción; entre los primeros, de los que hayan votado en contra o se hayan abstenido e incluso obligar a los nuevos accionistas⁶⁷⁶.

Los votos nulos, en blanco y abstenciones (y ausencia en el momento de la votación) del capital presente y representado.

Significan votos no favorables, por tanto, rechazo de la propuesta, si son más numerosos que los votos favorables. La anulación del voto de uno o más accionistas no determina la nulidad del acuerdo social si éste supera la prueba de resistencia: si excluidos los votos nulos o anulados subsiste la mayoría legal a que nos referimos, o la estatutaria reforzada. Esta regla es válida para todos los órganos colegiados como consustancial al principio mayoritario⁶⁷⁷.

La mayoría legal reforzada en segunda convocatoria

La legislación española en el artículo 103-2-2, introdujo la mayoría legal reforzada, para la adopción de los acuerdos extraordinarios, si la junta se ha constituido (en 2ª convocatoria) con menos del 50% del capital social suscrito y con derecho al voto. En tal caso, establece que los acuerdos sólo podrán adoptarse con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representando en la junta⁶⁷⁸.

Soluciones de empate

El empate no puede resolverse por el voto de calidad de presidente, aunque lo prevean los estatutos, ni mediante arbitraje, ya que no constituye una diferencia jurídica y no es válido someterlo a la decisión de un tercero, viciando la competencia de la Junta. No

⁶⁷⁵ Cfr Rodríguez Rodríguez, T. II, *Op. Cit.*, Pág. 44

⁶⁷⁶ *Id*

⁶⁷⁷ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.* pág. 368,369

⁶⁷⁸ *Id*

obstante en Estados Unidos se admite el arbitraje de empate. En todo caso el empate podrá ser solucionado por algún procedimiento de ADR (*Alternativa Dispute Resolutions*)⁶⁷⁹. Podemos resolverlo sometiénolo a una segunda votación. Es recomendable pactar el procedimiento en los estatutos en caso empate.

Pactos y sindicatos para la Junta General

Los sindicatos de votos son contratos bilaterales o plurilaterales, por cuanto, uno o varios accionistas de una sociedad o de otra sociedad, se obligan entre sí o frente a terceros, a abstenerse de votar en la Junta General, o bien a votar en ella, por sí o por representante, en el sentido acordado previamente en el seno del sindicato. Se distingue según se refiere a un sólo acuerdo –pacto de voto- o sean permanentes –sindicato de voto-. Los sindicatos de votos se clasifican en: sindicato de mayoría – o de control- o de minoría –o de defensa-; entre socios y con terceros, para todos los asuntos sociales o sólo para algunos – por ejemplo, los acuerdos ordinarios⁶⁸⁰-.

Los sindicatos de votos, son lícitos, válidos y eficaces, su cumplimiento puede solicitarse ante el juez como una obligación de hacer.

Los sindicatos de votos deben respetar determinados límites legales; los generales de autonomía de la voluntad y los específicos del Derecho de Sociedades: la ley, estatutos y principios configuradores⁶⁸¹.

La venta de voto, no está prohibido, por lo que se considera lícita, es decir, el pacto de voto, por el cual, el accionista, sin dejar de serlo, se obliga a votar en un sentido determinado o abstenerse de votar, o a otorgar representación para ello, a cambio de ventajas patrimoniales. Por ejemplo: la de nombrar un administrador. Este pacto es válido, mientras no vaya en contra de la ley, la moral y el orden público⁶⁸².

La eficacia de los sindicatos de voto puede lograrse por los mecanismos generales: acción de reparación de perjuicios en caso de incumplimiento, cláusula penal, cumplimiento forzoso judicial,

⁶⁷⁹ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, pág. 368

⁶⁸⁰ *Ibid*, pág. 370

⁶⁸¹ *Id*

⁶⁸² *Id*

medidas cautelares, impugnación de acuerdos sociales en violación de los mismos. Pero además, se puede reforzar mediante diversos negocios indirectos: cesión fiduciaria de acciones, copropiedad, usufructo o prenda de las acciones que lo integran, confiriendo, con apoyo en los estatutos sociales, el derecho de voto a un único representante; y con los sindicatos de blanqueo o restricciones convencionales, a la libre transmisibilidad de las acciones (que son inoponibles a terceros)⁶⁸³.

2.9 Acta de la junta

Terminada la sesión de la Junta General de Accionistas, los acuerdos que éstos tomen, deben constar en un acta. Es obligación de la sociedad mercantil llevar un libro de actas en la que constan dichos acuerdos de la Junta General y de los demás órganos colegiados de la sociedad⁶⁸⁴.

El acta de aprobación final de las cuentas de liquidación y partición o la sentencia judicial dictada sobre ellas, se publicará en el periódico oficial del Gobierno, y se inscribirá en el respectivo Registro⁶⁸⁵.

El acta en que consta el acuerdo, es un requisito de validez jurídica de la Asamblea General.

¿Qué contiene el acta?

De acuerdo al artículo 256 segundo párrafo CC deberá contener:

- La expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano. Deberá incluirse los documentos que justifiquen que la convocatoria se hizo en los términos que la ley prescribe (se adjuntarán al acta);
- La fecha y lugar en que se celebre;
- Nombre y apellido de los socios que han concurrido y de los que estén representados;
- El número de acciones que cada uno representa;
- Un resumen de los asuntos debatidos;

⁶⁸³ *Ibid*, pág. 371

⁶⁸⁴ Arts. 256-36 CC

⁶⁸⁵ Art. 13 inc. b) CC

- Las intervenciones de los que hayan solicitado constancia;
- Los acuerdos adoptados y los resultados de la votación.

Los acuerdos de asamblea ordinaria y extraordinaria se asentarán en el libro de actas. Las de las asambleas constitutivas se protocolizan y registran⁶⁸⁶.

¿Quién firma el acta?

El acta debe ser levantada por el secretario. Debe ser firmada por el presidente y secretario de la Junta Directiva o los que hagan sus veces en la sesión y por los concurrentes que deseen hacerlo⁶⁸⁷. Los accionistas tienen derecho a que se haga constar su oposición.

2.10 Validez e invalidez del voto. De las asambleas y de sus resoluciones.

Los acuerdos de la Junta deben ser tomados de acuerdo a los principios de legalidad, si no respetan este límite, la ley concede al accionista el derecho de impugnación⁶⁸⁸.

Nuestro sistema trata de manera muy desigual y confusa las cuestiones relativas a la nulidad del voto como a la nulidad de las asambleas y de las resoluciones que se adopten. Trataré de analizar cada una, a la luz de lo dispuesto en nuestro Código de Comercio.

Principio de adquisición

Resuelto un punto en la votación de la Junta correspondiente, no podrá volverse sobre él en la asamblea y salvo declaración judicial, la voluntad declarada triunfante, es la voluntad social, es decir, que la nulidad de las resoluciones de una asamblea, ya provenga de la invalidez de la propia resolución o de la invalidez del voto o de la asamblea misma, no puede ser declarada por otra asamblea, sino por los tribunales judiciales. La doctrina llama a lo anterior "*principio de adquisición*"⁶⁸⁹. Nuestra Corte Suprema de Justicia lo reconoce en BJ

⁶⁸⁶ Arts. 222-223 CC

⁶⁸⁷ Art. 256 primer párrafo CC

⁶⁸⁸ Art. 261 CC

⁶⁸⁹ Cfr García Rendón, *Op. Cit.*, Pág. 394,395

No. 99 del año 1970 "Cuando los acuerdos de la Junta General sean contrarios a la ley o los estatutos, los socios inconformes pueden protestar y pedir al Juez la suspensión y nulidad".

2.10.1 Nulidad del voto

El voto, es la manifestación de voluntad del accionista o su representante aprobando o desaprobando los asuntos deliberados en la asamblea. Para que el voto sea válido se requiere⁶⁹⁰:

- Capacidad del votante;
- Quien lo emite debe estar legitimado para hacerlo;
- Que la libertad de emitir el voto no se encuentre restringido convencionalmente;
- Ausencia de vicios de consentimiento;
- Licitud en el objeto o en el motivo o fin determinante;
- Apego a las leyes de orden público y de las buenas costumbres.

El voto, puede estar viciado de nulidad absoluta o relativa. Relativa, en los casos de incapacidad o de vicio del consentimiento del votante, porque en todos estos supuestos cabe la confirmación o ratificación del acto. En los otros casos, tales como: ilicitud del objeto, infracción en las leyes de orden público o las buenas costumbres, la nulidad será absoluta⁶⁹¹.

La nulidad de uno o varios votos no produce necesariamente la nulidad de la resolución adoptada, ésta será nula sino cuenta con la mayoría de votos válidos.

2.10.2 Nulidad de las asambleas

No debemos confundir nulidad de las asambleas con la nulidad de las resoluciones, es decir, se trata de dos nociones diferentes. Las asambleas son nulas y por consiguiente las resoluciones emitidas, en los siguientes casos⁶⁹²:

⁶⁹⁰ *Id*

⁶⁹¹ *Id*

⁶⁹² *Ibid*, pág. 396

- Que no sea debidamente convocada;
- Que se celebre fuera del domicilio social sin causa justificada o sin el consentimiento de todos los socios;
- Que no reúnan los quórum de asistencia exigidos imperativamente por la ley o los estatutos.

La nulidad de las asambleas es de carácter absoluto e implica la nulidad de todas las resoluciones que en ella se llegare.

2.10.3 Nulidad de las resoluciones de la asamblea

Según Joaquín Rodríguez⁶⁹³, las resoluciones de las asambleas:

- No son actos simples, porque en éstos se produce la declaración de una sola persona y tampoco son colectivos porque en los actos complejos las declaraciones de voluntad no se mantienen distintas, sino unificadas en un mismo sentido, en virtud de la ley de la mayoría que obliga a los ausentes y disidentes, y
- No son actos plurilaterales porque la declaración de la voluntad social emana de varias voluntades de contenido igual que tienden al mismo fin.

2.10.3.1 Casos de nulidad absoluta de los acuerdos emitidos por la asamblea⁶⁹⁴

- Cuando son contrarias a las leyes de orden público o las buenas costumbres;
- Acuerdos de la junta contrarios a la ley, a los estatutos. Estos son nulos. Ejemplo: los adoptados en una junta que no ha cumplido con los requisitos de convocatoria y constitución; la violación de cláusulas estatutarias;
- Cuando su objeto, su motivo, su fin determinado o su condición son ilícitos;
- Cuando violen los derechos inderogables de los accionistas establecidos en la ley o los estatutos, por ejemplo: como el de preferencia para suscribir nuevas acciones que se emitan con motivos de aumento de capital social o el de que sus acciones sean amortizadas por sorteo en el caso de reducción de capital social.

⁶⁹³ Cfr Rodríguez, Joaquín, T. II, *Op. Cit*, pág. 21 y ss

⁶⁹⁴ *Ibid*, pág. 397, 398

- Cuando alguno o algunos de los votos estén viciados de nulidad absoluta y la resolución, deducido los votos nulos, se adopta sin alcanzar los quórum legales o estatutarios de votación o a *contrario sensu*;
- Cuando se excluya a uno o más socios de participar en las ganancias o de reportar las pérdidas;
- Cuando se decreta el pago de dividendos en contravención a lo dispuesto el artículo 259 CC;
- Cuando sea contrarios a la constitución de la reserva legal;
- Cuando se adopten infringiendo las prohibiciones de votar impuesta por el art. 245 CC;
- Cuando se tomen en ejecución de pactos que restrinjan la libertad de voto de los accionistas;
- Cuando se adopten por una asamblea ordinaria respecto de asuntos que no son de su competencia;
- Cuando se estiman acciones bajo la par o antes de que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas.

2.10.3.2 Casos de nulidad relativa de los acuerdos emitidos por la asamblea

1) En vista de que la sociedad carece de voluntad propia, la nulidad relativa de los votos, por causa de incapacidad o de vicios del consentimiento de los votantes, puede ocasionar la nulidad relativa de los acuerdos de la asamblea.

2) La omisión de asentar las actas de asambleas, por falta de forma, aunque éstos hayan sido válidamente adoptados⁶⁹⁵.

3) Los acuerdos que lesionan a uno o varios accionistas.

2.11 Impugnación de los actos sociales. Suspensión de los acuerdos. Oposición de los acreedores. Efectos de las acciones judiciales. Sujetos pasivos.

⁶⁹⁵ *Ibid*, pág. 397, 398

2.11.1 Acción de anulabilidad⁶⁹⁶

Es aquella dirigida contra los actos que pueden ser invalidados por causa de nulidad relativa. Esta acción puede ser invocada por el incapaz o por quien ha sufrido esos vicios. La acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados⁶⁹⁷.

2.11.2 Acción de nulidad⁶⁹⁸

Esta acción es para los acuerdos impugnables por nulidad absoluta. Puede ser invocada por cualquier interesado, inclusive por los administradores, los vigilantes y los acreedores de la sociedad, y procede contra todos los actos sociales que sean contrarios a las leyes de orden público o las buenas costumbres y contra aquellos cuyo objeto, motivo, fin determinado sean ilícitos⁶⁹⁹.

2.11.3 Legitimación

Los acuerdos nulos pueden ser impugnados por todos los accionistas, cualquier tercero con interés legítimo (a los acreedores en general), directores, gerentes, y demás personas con interés en la sociedad.

Están legitimados para impugnar los acuerdos anulables, los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo; los ausentes que hubieren sido ilegítimamente privados del voto, así como el de los administradores.

2.11.4 Suspensión de ejecutar las resoluciones impugnadas

Es aceptable tanto para la acción de nulidad absoluta o relativa. La ejecución de las resoluciones impugnadas podrá suspenderse, a petición de parte (art. 261 CC). La suspensión de ejecutar las resoluciones impugnadas, en el fondo es una providencia precautoria que trata de prevenir un *periculum in mora*. En la práctica mexicana la suspensión se tramita vía incidental en cuerdas separadas, ya sea al iniciar el juicio o una vez iniciado éste⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Art. 2202-2205-2206-2207-2208-2209-2210-2212 C

⁶⁹⁷ *Ibid*, pág. 400, 401

⁶⁹⁸ Art. 2201-2204-2010-2212 C

⁶⁹⁹ *Id*

⁷⁰⁰ *Ibid*, pág. 401

2.11.5 Plazos y procedimiento

Nuestra legislación comercial no establece plazo en la que los socios deben hacer esta oposición, sin embargo, en la práctica mercantil, los accionistas presentes en la junta, pueden oponerse en el acto, es decir, en la sesión y cuya protesta debe constar en acta, para evitar cualquier responsabilidad. Si el socio estuvo ausente en la sesión, debe ejercer su derecho en el momento en que llegue a su conocimiento el acuerdo en cuestión. Si no hicieron caso a la impugnación hecha por algún accionista, éste podrá acudir ante la autoridad competente, a fin de solicitar la suspensión de la ejecución del acuerdo y la declaración de nulidad del mismo⁷⁰¹.

Los socios que hubieren aceptados las deliberaciones opuestas a las leyes y los estatutos son responsables de manera ilimitada⁷⁰².

Las resoluciones tomadas y actos practicados por los directores contra las disposiciones de la ley, de los estatutos o de las Juntas Generales, no obligan a la sociedad, quedando sus autores, en cuanto a sus efectos, personal y solidariamente responsables, salvo el caso de protesta, conforme lo dispuesto en el Código de Comercio⁷⁰³.

2.11.6 Oposición de los acreedores

El artículo 215 concede a los acreedores de la sociedad el derecho de oponerse a las resoluciones de la asamblea que tengan por objeto reducir el capital social. La oposición puede ser planteada por un solo acreedor y la ejecución del acuerdo de reducción de capital social, deberá suspenderse hasta en tanto la sociedad no pague los créditos de los opositores o no los garantice a satisfacción del juez que conozca el asunto, o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.

Asimismo, el artículo 265 concede a los acreedores el derecho a oponerse a la fusión.

⁷⁰¹ Art. 261 párrafo primero CC

⁷⁰² Art. 261 segundo párrafo CC

⁷⁰³ Arts. 261 tercer párrafo, 245 CC

3. Órgano de administración de la sociedad anónima. Los administradores

3.1 Definición

Según Rodrigo Uría, la Junta de Directores, es un órgano de administración, de gestión y representación frente a terceros. Es considerado como un órgano necesario y permanente; es necesario, porque a través de éste funciona la sociedad; es permanente, por que su gestión social está dirigida a lograr el fin social, que no puede sufrir solución continua. Este órgano de administración, desempeña una de las más importantes funciones de la sociedad, al ejecutar los acuerdos de la Junta General y al ejecutar otras funciones sociales dentro de su competencia, toda la vida social fluye a través del mismo, y es su actuación acertada o desacertada la que hace prosperar a la sociedad o la lleva a la ruina. Se trata de un órgano necesario sin el que la sociedad no podría cumplir su fin a través de la realización del objeto. Según la legislación española en el art. 260.3 su inexistencia o desaparición sería, por eso, causa de disolución. Es un órgano permanente de actuación y de ejecución que tiene funciones de gestión y de representación. Este órgano está subordinado a la Junta General⁷⁰⁴, pero no significa que carezca de competencia exclusiva⁷⁰⁵.

Los miembros de la Junta Directiva son los mandatarios de la sociedad cuya función es la representación y ejecución de la actividad. Éstos son responsables de los actos practicados en contra de la ley, de los estatutos o de las disposiciones de la Junta⁷⁰⁶.

3.2 Estructura del órgano de administración

Los estatutos o la escritura de constitución, deben expresar la estructura del órgano de administración, constituyendo éste una de las menciones más importantes. Cada sociedad puede organizar su administración de la forma que estime conveniente.

⁷⁰⁴ Art. 243 CC

⁷⁰⁵ Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 894, 895 y Logendio Obsorne, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 318

⁷⁰⁶ 124.15 CC

Según la doctrina, las formas de organización legalmente permitida son cuatro⁷⁰⁷:

3.2.1 *Administrador único*, éste es frecuente en las sociedades pequeñas. La administración encarna en una sola persona.

3.2.2 *Varios administradores solidarios, que actúen individualmente*, con actuación independiente entre sí obligando cada uno separadamente a la sociedad. Cada administrador está facultado para ejercitar por si solo las competencias propias del órgano de administración; sin necesidad de obtener la aprobación del resto de sus miembros.

3.2.3 *Dos administradores conjuntos*, es lo contrario del anterior, sucede cuando la sociedad se confía de un modo conjunto a dos personas, cuyos actos y representación lo hacen con el acuerdo de ambos.

3.2.4 *Consejo de administración*, es un órgano colegiado, en donde las decisiones se toman por mayoría. Esta forma de organización es la que nuestro sistema legal reconoce en el artículo 124.4 CC.

El consejo por su parte, podrá designar una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados con indicación de sus respectivas competencias⁷⁰⁸. Nuestro Código de Comercio en el artículo 243 prescribe que la administración puede estar confiada a la Junta Directiva, nombrada por la Junta General o conforme lo dispongan los estatutos. En relación a la parte final del artículo citado, podemos observar que los estatutos pueden establecer otras instancias sociales nombradas por el órgano de administración. Lo anterior justifica lo señalado en la doctrina, es decir, que la Junta Directiva puede nombrar una comisión ejecutiva con determinadas facultades, siempre que los estatutos así lo dispongan.

3.3 Condición jurídica y competencia de los administradores

El administrador o los administradores es un órgano social, por el simple hecho de su designación y de la aceptación del nombramiento,

⁷⁰⁷ *Ibid*, pág. 896

⁷⁰⁸ *Id*

vienen a ocupar dentro de la estructura social una posición orgánica con un contenido funcional mínimo e inderogable, al que se le vincula un conjunto de facultades y deberes típicos, a diferencia del mandatario, cuyas facultades han de determinarse en cada caso por la persona por cuya cuenta actúa. Su naturaleza de órgano social implica, al propio tiempo, que los actos realizados por las personas que en cada momento lo integren han de imputarse directamente a la sociedad⁷⁰⁹.

Atribuciones

3.3.1 Gestión y representación, la primera en el ámbito interno y la segunda al ámbito externo⁷¹⁰.

En relación a las facultades de gestión se refiere al ámbito interno, comprende estos puntos:

3.3.1.1 La convocatoria de la Junta General⁷¹¹;

3.3.1.2 Formación de las cuentas anuales e informe de su gestión⁷¹²;

3.3.1.3 Facultades de dirección, control, mando necesario para el funcionamiento de la sociedad⁷¹³;

3.3.1.4 Presentar el balance a la Junta General⁷¹⁴;

3.3.1.5 Acordar la distribución de los dividendos, según lo determinen los estatutos⁷¹⁵;

3.3.1.6 Informar a los accionistas⁷¹⁶.

⁷⁰⁹ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 897

⁷¹⁰ Art. 201 *in fine* CC

⁷¹¹ Art. 251 primer párrafo CC

⁷¹² Arts. 257-258-248-124.11-203 CC

⁷¹³ Arts. 124.4.14-201 CC

⁷¹⁴ Arts. 257-258 CC

⁷¹⁵ Art. 259 CC

⁷¹⁶ Art. 205.5-203 CC

3.3.1.7 Publicar anualmente en la Gaceta Diario Oficial, el balance que contenga con toda claridad su activo y pasivo y las compañías que se constituyen como suscripción pública, tiene la obligación de publicar cada seis meses en el Diario Oficial la Gaceta, el balance detallado de sus operaciones, con expresión del valor en que se calculen su existencia y de todas sus clases de efectos razonables⁷¹⁷.

En relación a las facultades de representación, se refiere al ámbito externo, tenemos las siguientes:

3.3.1.8 Desde el punto de vista de la titularidad: Representar a la sociedad, en juicio o fuera de él, en la forma que determinen los estatutos. Si son administradores conjuntos, la representación se hará mancomunadamente; si son, solidarios, la representación corresponde a cada uno de ellos; si se trata de consejo de administración, ésta corresponde al propio consejo, aunque los estatutos se lo atribuyan a uno o a varios⁷¹⁸.

3.3.1.9 Desde el punto de vista del ámbito de representación: se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos⁷¹⁹.

3.4 Aptitud para ser administrador

3.4.1 Tener capacidad para ejercer el comercio. Los inhabilitados para ejercer el comercio no podrán ser administradores, como el caso de los corredores. Los extranjeros pueden desempeñar el cargo, porque la ley no los inhabilita para ejercer el comercio⁷²⁰.

3.4.2 Ausencia de prohibiciones o incompatibilidades.

3.4.3 Se requiere la cualidad de accionista. No puede ser administradores personas extrañas a la sociedad⁷²¹. De acuerdo a la Ley "LEY GENERAL DE BANCOS, INSTITUCIONES FINANCIERAS NO BANCARIAS Y GRUPOS FINANCIEROS" Ley No. 561, art. 28 podrán ser directores accionistas o no.

⁷¹⁷ Art. 248 CC

⁷¹⁸ Arts. 203.2-201-243-245-276 CC

⁷¹⁹ Arts. 203-245 CC

⁷²⁰ Arts. 8-9-11 CC

⁷²¹ Art. Art. 244 CC

3.4.4 Puede ser persona natural o jurídica. En el caso de la persona moral que ostente la condición de administrador ha de designar necesariamente a un representante para el ejercicio de las funciones propias del cargo. En el caso de los Bancos según la Ley No. 561 art. 28 establece que también puede ser persona natural o jurídica, también expresa que ejercerá el cargo a través de un representante, y será responsable personalmente y en forma solidaria por sus actuaciones, conjuntamente con el accionista que representa, en los términos establecidos en el Artículo 35 de la misma ley. Vicente Chuliá, plantea que la falta de regulación del supuesto crea dudas en relación al régimen de responsabilidad y de remuneración de la persona jurídica administrador y del representante permanente. Parece que ésta responde siempre su actuación y soporta el deber de secreto, propio del administrador, aunque cumpla instrucciones de la persona jurídica que lo ha nombrado, y también responde a ésta, por las instrucciones impartidas. En cuanto a la retribución, en principio le corresponde al administrador persona jurídica. No obstante las dieta, le corresponde necesariamente al representante permanente y parece que los estatutos sociales pueden prever que las retribuciones se paguen directamente a éste, evitando un doble pago y tributación⁷²².

3.4.5 No haber sido condenado por grave incumplimiento de disposiciones y leyes sociales⁷²³.

Uría presenta cinco casos en los cuales no se puede ser administrador⁷²⁴:

- Los quebrados y concursados no rehabilitados⁷²⁵;
- Los menores incapacitados;
- Los condenados a penas que llevan aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público;
- Los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales;
- Aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio⁷²⁶.

⁷²² Cfr. Vicente Chuliá, *Op. Cit.*, pág. 386

⁷²³ Art. 205.1 CC

⁷²⁴ Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 898

⁷²⁵ Art. 11.2 CC

⁷²⁶ Art. 11.1 CC

En el caso de la Junta Directiva de los Bancos de acuerdo al art. 29 de la Ley No. 561, no podrán ser miembros:

- Las personas que directa o indirectamente sean deudores morosos por más de 90 días o por un número de tres veces durante un período de doce meses, de cualquier banco o institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos o que hubiesen sido declarados judicialmente en estado de insolvencia, concurso o quiebra;
- Los que con cualquier otro miembro de la Directiva del banco fueren cónyuges, o compañero o compañera en unión de hecho estable, o tuviesen relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No se incurrirá en esta causal cuando la relación exista entre un director propietario y su respectivo suplente;
- Los directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otra institución financiera;
- Los Gerentes, funcionarios ejecutivos y empleados del mismo Banco, con excepción del Ejecutivo principal;
- Los que directa o indirectamente sean titulares, socios o accionistas que ejerzan control accionario o administrativo sobre sociedades que tengan créditos vencidos por más de sesenta (60) días o por un número de tres veces durante un período de doce meses o que estén en cobranza judicial en la misma empresa o en otra del Sistema Financiero;
- Las personas que hayan sido sancionadas en los quince (15) años anteriores por causar perjuicio a un banco, o a la fe pública alterando su estado financiero;
- Los que hayan participado como directores, gerentes, subgerentes o funcionarios de rango equivalente de un banco que haya sido sometido a proceso de intervención y de declaración de estado de liquidación forzosa;
- Los que hayan sido condenados por cualquier delito de naturaleza dolosa.

3.5 Nombramiento

Los administradores son nombrados en la escritura social fundacional⁷²⁷, pero los nombramientos posteriores se hacen en la Junta General de Accionista⁷²⁸. En cuanto al número de directores, el Código no establece el número, la Junta deberá de señalar el número de los mismos. La Junta puede fijar garantías que los administradores deberán prestar o relevarse de esa prestación.

La legislación española en relación al nombramiento de los administradores por la Junta, así como el sometimiento del acuerdo de nombramiento al procedimiento ordinario de decisión, encuentra dos significativas excepciones en relación al nombramiento de los miembros del consejo de administración:

La primera excepción surge al instaurar la ley un *sistema facultativo de representación proporcional* de las minorías en el seno del consejo de administración, con el objeto de impedir que el accionista o los accionistas mayoritarios que controlen más del 50% del capital puedan disponer a su exclusivo arbitrio de todos los puestos del consejo, eligiendo sistemáticamente, a personas de su confianza. El art. 137 de la LSA establece *"La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo."* Uría explica este sistema señalando que el accionista o accionistas agrupados que representen una cifra de capital igual o superior al cociente de dividir el capital por el número de vocales del consejo dispondrán de la facultad de designar a un miembro del consejo, recibiendo así satisfacción su legítimo interés de intervenir directamente en la administración de la sociedad⁷²⁹.

⁷²⁷ Art. 124.4.15 CC

⁷²⁸ Art. 243-244 CC

⁷²⁹ Cfr Uría-Menéndez, *Op. cit.*, págs. 899,900

La segunda excepción al principio del nombramiento ordinario por la junta va referida al sistema de cooptación prevista en el artículo 138 de la LSA de España que establece *"Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General"*.

En la práctica, gracias al principio de autonomía de la voluntad, nada impide que en los estatutos se estipulen la ocupación de las vacantes mediante la designación de administradores únicos o de consejeros suplentes. La ocupación de las vacantes puede preverse en dos circunstancias: cuando temporalmente o definitivamente falte un administrador o cuando la falta de uno o más administradores impida la reunión del *quórum* legal o estatutario. Los administradores suplentes tienen los mismos derechos y obligaciones que los propietarios. Generalmente, cada consejero propietario se designa un suplente, en cuyo supuesto éste sustituye aquel a quien fue adscrito. No obstante, los suplentes pueden ser designados en un número menor al de los administradores propietarios, en cuyo caso las vacantes son cubiertas por el orden de designación⁷³⁰.

3.6 Aceptación, inscripción y temporalidad del cargo

El nombramiento surte efecto desde el momento de su aceptación, éste puede ser en la propia junta o posteriormente. Luego el nombramiento debe ser presentado al Registro Mercantil para su debida inscripción, en el término de 15 días contados a partir de la fecha de su otorgamiento haciendo constar con los datos que acreditan la identidad de las personas –físicas o jurídicas–⁷³¹.

El cargo de administrador es temporal, los nombrados de manera en la escritura de constitución o en la Junta, no puede tener carácter indefinido. El artículo 244 establece que el nombramiento no podrá exceder de diez años, aunque los administradores pueden ser reelegidos y dicho nombramiento puede ser revocado por la Junta General⁷³². Los estatutos y la Escritura Social determinarán si transcurrido el término del mandato puede haber reelección, y caso

⁷³⁰ *Ibid*, págs. 900,901

⁷³¹ Art. 13 inc. g)-19.1-21

⁷³² Arts.201-244 CC

que no lo determinen, podrá haberla, si se acordare por unanimidad de votos.

3.7 Separación y renuncia de los administradores

Los miembros del consejo puede ser separado del cargo en cualquier momento cuando lo decida la Junta General, no requiere probar o justificar la causa⁷³³. El nombramiento es hecho por la relación de confianza que subyace en la designación, de ahí se desprende, que resulta inválida la cláusula estatutaria o convencional que de una u otra forma limite o condicione el ejercicio de esa facultad de separación por parte de la Junta. La ley española en el art. 131 reconoce que incluso la destitución del administrador y el consiguiente nombramiento puede hacerse aunque no conste en el orden del día⁷³⁴.

Los administradores puede desvincularse del cargo de manera unilateral a través de su renuncia o dimisión, tomando todas las medidas o diligencia necesarias para no causarle perjuicios a la sociedad⁷³⁵.

La separación del administrador se inscribirá en el Registro Mercantil y surtirá efecto frente a terceros desde el momento de su inscripción⁷³⁶.

3.8 Retribución

La retribución puede ir fijada en los estatutos. Nuestra legislación no se refiere a este punto. La Ley de Sociedades Anónima de España, lo prescribe en el artículo 130, expresando que la retribución deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser traída de los beneficios y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

⁷³³ Art. 244 primer párrafo-201 CC

⁷³⁴ Cfr Uria-Menéndez, *Op.Cit*, pág. 902

⁷³⁵ *Ibid*, págs. 902-903

⁷³⁶ Arts. 13-21 CC

3.9 Función representativa de los administradores

El Código de Comercio confiere a los administradores la función de representar a la sociedad en juicio o fuera de él, así como la capacidad de servirse de la firma social y de vincular a la sociedad en sus relaciones con terceros. Es una competencia exclusiva de la Junta Directiva, que excluye a la Junta General. El Código de Comercio quiere que la representación de la sociedad se ejercite por los administradores en la forma que determinen los estatutos⁷³⁷.

Uría, expone que en dependencia del tipo de administración, conviene establecer las siguientes reglas sobre la representación⁷³⁸:

- En el supuesto de la administración se confiera a un único administrador, el poder de representación corresponde a éste;
- Si son varios administradores, la representación corresponderá a cada uno de ellos; en el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente;
- Y en el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponderá al propio consejo, que actuará colegidamente, sin perjuicio de que los estatutos puedan atribuir además el poder de representación a uno o varios miembros a título individual o conjunto.

En cuanto al ámbito o extensión del poder de representación, se extenderá a todos los actos comprendido en el objeto social delimitado en la escritura de constitución y estatutos. El poder de representación, por lo tanto, se extiende a todos los actos conexos o auxiliares e incluso a los actos que puedan reputarse neutros o polivalentes. Cualquier limitación de este contenido legal típico, independientemente de su forma u origen, será ineficaz frente a terceros⁷³⁹. En el caso de que el administrador se extralimite de sus facultades mediante la ejecución de actos ajenos o contrarios a dicho objeto, el art. 245 CC establece que el administrador o administradores quedarán obligados frente terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. A *contrario sensu* la misma disposición señalada nos indica que esta protección no juega, sin embargo frente a los terceros que conozcan, o que desconozcan

⁷³⁷ Art. 124.4-203-205.5-243-245 CC

⁷³⁸ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 904, 905

⁷³⁹ Art. 124.3 CC

por negligencia grave, que el acto en cuestión excedía claramente del objeto social, en todo caso la sociedad deberá probar dichos extremos, no quedaría vinculada.

La sociedad puede otorgar la representación de manera aislada, en asuntos concretos que no sean indelegables⁷⁴⁰.

3.10 El consejo de administración. Organización y funcionamiento

Esta forma de administración goza de una tradición práctica societaria, principalmente en las sociedades de mayor tamaño, impuesta por el legislador (ver art. 124.4 del CC y Ley No. 561 art. 27). Los miembros del consejo son ante todo administradores, sometidos al régimen general de éstos. El consejo, como órgano colegiado, exige una organización interna de carácter corporativa, que en principio puede ser acordada por la sociedad. Como resultado de los arts. 36-256 CC, de no establecer los estatutos cosa distinta el propio consejo puede designar al presidente⁷⁴¹ y secretario y regular en la forma que tengan por conveniente su propio funcionamiento, señalando, por ejemplo la periodicidad de las reuniones de sus reuniones, distribuyendo el estudio de asuntos por comisiones⁷⁴².

Uría, nos indica que la autonomía funcional del consejo no es absoluta, porque existen, determinadas normas que el consejo habrá de respetar por expresa exigencia de la ley, éstas son las siguientes.

- La reunión del consejo deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces. Sin convocatoria sólo podrá celebrarse consejo por aplicación analógica de la figura de la Junta Universal;
- El consejo quedará válidamente constituida cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes;

⁷⁴⁰ *Id*

⁷⁴¹ El Representante Orgánico (generalmente el presidente) puede ostentar dicha representación entre otros con: Facultades de un apoderado general (art. 3296 C) Facultades de un apoderado general con facultades especiales; Facultades de apoderado generalísimo (art. 3295 C)

⁷⁴² *Cfr* Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, págs. 906,907

- Los acuerdos del consejo se adoptan por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la reunión, es posible que los estatutos exijan la mayoría reforzada. La votación se hace por cabeza y no por capital que cada consejero represente. La sumisión de los acuerdos del consejo a la voluntad de la mayoría excluye, en todo caso, la posible atribución de un derecho de veto a cualquiera de sus miembros o lo que es lo mismo la exigencia de unanimidad. Excepto en los casos señalados en los artículos 261 y 245, en el que se deja claro el derecho de protestar contra las deliberaciones en contra de la ley y los estatutos;
- Puede ser que el consejo tome decisiones por escrito y sin necesidad de reunión;
- Los acuerdos del consejo se llevarán en el libro de actas, que deberá ser firmado por el presidente y el secretario y por los concurrentes que deseen hacerlo. Este es el caso del artículo 36 CC.

3.11 Número de administradores

El código de comercio no establece, ni exige un número de directores, ni los cargos, éstos se fijan en los estatutos de acuerdo al interés social.

3.12 Consejo delegado y comisión ejecutiva

El consejo de administración, es un órgano poco adecuado para atender de forma continua y eficaz las múltiples cuestiones de la gestión social. Por ello y con el objeto de agilizar la gestión y para evitar que la misma tenga que someterse a rígidas exigencias de funcionamiento de un órgano colegiado, es frecuente en la práctica que el consejo delegue las actividades normales a la gestión social en alguno o varios de sus miembros, esta instancia es una comisión ejecutiva, uno o más consejeros delegados, se presenta como una manifestación de la libertad organizativa del propio consejo. Es posible que la facultad de gestión y representación sean delegadas en un único consejero delegado, que presenta cierta similitud con el administrador único. La delegación de facultad de orden interno en una comisión ejecutiva con actuaciones administrativas permanente también es frecuente, podrán tener facultades solidarias

o mancomunadas. El art. 141.3 de la LSA de España prescribe la forma en que podrán elegirse a los miembros de la comisión, indicando que para ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil⁷⁴³.

3.13 Impugnación de los acuerdos del consejo de administración

Los acuerdos del consejo de administración pueden ser impugnados igual que en el caso de los acuerdos de la Junta General. Son aplicables lo estudiado anteriormente sobre los acuerdos nulos y anulables.

Nuestro Código de Comercio, establece que las resoluciones tomadas y actos practicados por los directores contra las disposiciones de la ley, de los estatutos o de las Juntas Generales, no obligan a la sociedad, quedando sus autores, en cuanto a sus efectos, personal y solidariamente responsables, salvo el caso de protesta, conforme lo dispuesto en este Código⁷⁴⁴. De esta responsabilidad quedarán exentos los directores que no hayan tomado parte en la respectiva resolución, o hubieren protestado contra los acuerdos de la mayoría en el acto o dentro del tercero día⁷⁴⁵.

3.14 Responsabilidad de los administradores (arts. 245-261 CC)

Los administradores tienen amplia facultades, pero sometidas al régimen de responsabilidad, que se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios por su actuación incorrecta o negligente en el manejo de la sociedad. Esto se traduce en la responsabilidad civil, que es distinta al de responsabilidad administrativa, fiscal o penal que puede dar lugar su actuación al frente de la sociedad.

⁷⁴³ *Ibid*, págs. 908, 909

⁷⁴⁴ Art. 261 último párrafo-245

⁷⁴⁵ Art. 245 segundo párrafo CC

3.14.1 Entre las principales responsabilidades encontramos las siguientes:

3.14.1.1 Actuar con diligencia en el ejercicio de su cargo, es decir, como “*un buen padre de familia*”. Respetando las leyes y los estatutos. Se refieren al *deber de fidelidad*, es decir, los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social.

3.14.1.2 Guardar secretos sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar sus funciones. Es deber de los administradores aun después de haber cesado de sus funciones deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de la información, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan, los supuestos que las leyes permiten.

3.14.1.3 No pueden hacer operaciones de índole diferente a su objeto social, considerándose por cuenta de la sociedad los actos contrarios a este respecto como violación expresa del mandato.

3.14.1.4 No pueden negociar por cuenta propia directa o indirectamente, con la sociedad cuya gestión les está confiada. Este deber es el llamado “*Deber de lealtad*” que se relaciona con la obligación de respetar las oportunidades de negocio de la sociedad administrada. No utilizando el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administrador para la realización de las operaciones por cuenta propias de personas a ellos vinculadas. No realizar en beneficio propio o de personas ellos vinculadas inversiones o cualquier operación ligada a los bienes de la sociedad, deberá de comunicar cualquier situación de conflicto directo o indirecto con el interés de la sociedad y se abstendrá de intervenir en las operaciones.

3.14.1.5 No puede ejercer por cuenta de la sociedad, operaciones de índole diferente a su objeto o fin.

3.14.1.6 No podrán ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad, a no ser en los casos en que mediare autorización especial expresamente concedida en la Junta General. Es otra forma de lealtad, la cual implica el deber de comunicar la participación que tuviere en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al de la sociedad, los cargos y funciones que ejerzan en aquella, así como la realización por cuenta propia o ajena de análogo o complementario género de actividad.

3.14.2 Efectos de la responsabilidad de los administradores:

3.14.2.1 Responden por los daños y perjuicios que provoque en contravención a los deberes establecido en la ley o en los estatutos.

3.14.2.2 Responder por los daños causados por malicia, abuso de facultades o negligencia grave.

3.14.2.3 Los administradores responden personal y solidariamente frente a la sociedad (acción social), frente a los accionistas y frente a terceros (acción individual), por la inejecución del mandato y por la violación del pacto social; estatuto y preceptos legales. Excepto aquellos que no hayan tomado parte en la respectiva resolución o hubieren protestado del acuerdo de la mayoría dentro de tercero día.

La responsabilidad de los administradores es consecuencia de los daños causados por los actos contrarios a la ley y a los estatutos, dichos actos generarán la correspondiente obligación de resarcimiento. Cabe aclarar que el simple hecho incumplir una ley o los estatutos implicará de una u otra forma, un mayor o menor grado de negligencia. Otro aspecto a considerar en la responsabilidad del administrador es la actuación de éste, sin la debida diligencia con la que debe desempeñar el cargo, por lo tanto, en este caso tiene obligación de resarcimiento por los daños patrimoniales causados a la sociedad. La responsabilidad del administrador puede surgir, no sólo por la realización de actos lesivos para el patrimonio social, sino también en supuestos de negligencia por omisión, cuando

los administradores se inhiban en el ejercicio de sus funciones y competencias propias a su cargo y propicien con su conducta la causa de un perjuicio a la sociedad. Igual consecuencia es aplicada a los delegados por el consejo o en una comisión ejecutiva, incluso el gerente o director general ajeno al órgano de administración, cuando se advierta una actuación incorrecta de las facultades delegadas, a que necesariamente obliga el grado de diligencia profesional legalmente exigible⁷⁴⁶.

3.15 Responsabilidades solidarias y supuestos de exoneración

La responsabilidad de los administradores es solidaria, responden todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo. Están exentos de esta responsabilidad los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o al menos, se opusieron expresamente a aquél. Expresa Uría que la medida en que la responsabilidad es una responsabilidad personal e individualizada que recae sobre los propios administradores, la declaración de solidaridad no equivale propiamente a la previsión de una responsabilidad colectiva que puede exigirse del órgano de administración como tal, sino al establecimiento de una presunción de culpa de todos sus integrantes. Todos son igualmente culpables mientras no se prueben la concurrencia de alguna de las causas de exoneración. No es causa de exoneración el hecho de que la Junta haya autorizado el acto o acuerdo lesivo⁷⁴⁷.

Vicent Chuliá, señala que según la doctrina y la jurisprudencia son presupuestos de la responsabilidad de los administradores⁷⁴⁸:

- *Una conducta*, que comprende una acción u omisión. Que la conducta sea causa de un daño, real o incluso sólo inminente, para el patrimonio social o directamente para el de los socios o de terceros. La imputabilidad de la acción u omisión, en atención al efectivo ejercicio del cargo. La antijuridicidad, por ir en contra de las leyes. La culpabilidad, se presume, una vez probado los demás presupuestos,

⁷⁴⁶ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, págs. 913, 914

⁷⁴⁷ *Ibid*, págs. 914, 915

⁷⁴⁸ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, pág. 398, 399

salvo prueba en contrario. El daño efectivo, causado por la acción u omisión y su cuantía, que podrá determinarse en ejecución de sentencia.

- La responsabilidad de los administradores se basa en la culpa, con inversión de la carga de la prueba, en atención al principio de inmediatividad de los medios de prueba que tienen los administradores demandados. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que adoptó el acuerdo lesivo. No responden aquellos que no intervinieron en la decisión o aquellos que habiendo intervenido se opusieron expresamente. En nuestro sistema el término es el establecido en el art. 245 CC.

3.16 La acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad

3.16.1 La acción social de responsabilidad

Si la sociedad padece directamente de las consecuencias lesivas de los actos u omisiones negligentes o dolosas de los administradores, la responsabilidad de éstos puede ser exigida a través de *la acción social de responsabilidad*, que tiene como objetivo principal la defensa y protección del patrimonio o de los intereses sociales, mediante el resarcimiento de los daños sufridos⁷⁴⁹.

Están legitimados para ejercer la acción⁷⁵⁰:

- En primer lugar, la sociedad;
- En segundo lugar, subsidiariamente los accionistas como titulares de un interés indirecto en defensa del patrimonio social;
- En último extremo, a los acreedores sociales, que cuentan con el patrimonio social, como garantía de sus créditos.

*La acción de responsabilidad tiene como objetivo*⁷⁵¹:

El resarcimiento al patrimonio social del daño causado y no la indemnización a los accionistas o acreedores del perjuicio que indirectamente se haya podido ocasionar.

⁷⁴⁹ *Ibid*, págs. 916, 917

⁷⁵⁰ *Id*

⁷⁵¹ *Id*

La titularidad de la acción social de responsabilidad corresponde originalmente a la sociedad misma, que puede decidir entablar mediante acuerdo de la Junta General de accionistas, convocado previamente. Puede también acordar que el ejercicio de la acción social, tienen también competencia para transigir o renunciar al ejercicio de la acción, en cualquier momento, una vez iniciado el proceso. Asimismo, podrá acordar la destitución de los administradores afectados. En nuestro sistema el mecanismo de votación deberá ser determinada en los estatutos⁷⁵².

Cuando sea la minoría quien convoque, ésta podrá solicitar de los administradores que convoquen a Junta General para que ésta decida sobre la acción de responsabilidad e igualmente podrá entablar subsidiariamente la acción social de responsabilidad cuando los administradores no convoquen la junta solicitada⁷⁵³.

Los acreedores de la sociedad también podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. El acreedor tampoco reclama para sí, sino para la sociedad, en beneficio de la cual se ejercita subsidiariamente la acción social ante la pasividad o negligencia de la propia sociedad y de los accionistas⁷⁵⁴.

3.16.2 La acción individual de la responsabilidad

Esta acción le corresponde a los socios y a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. Este es un mecanismo de protección jurídico diferente, por eso el perjudicado reclama para sí, no para la sociedad, la indemnización del daño sufrido directamente en su propio patrimonio. Esta es diferente a la acción social⁷⁵⁵.

La acción individual intentada por el socio, entraría aquí cualquier infracción de sus derechos de la que resulte un perjuicio económico,

⁷⁵² *Id*

⁷⁵³ *Id*

⁷⁵⁴ *Id*

⁷⁵⁵ *Id*

tales como: falta de entrega de los derechos de dividendo acordado, prohibición de asistencia a la junta, etc⁷⁵⁶.

En el caso de tercero, la jurisprudencia española suele declarar la responsabilidad individual de los administradores de sociedad económicamente insolvente que suministren información falsa o inexactas a terceros para inducirles a contratar, con plena conciencia de la incapacidad en que se encontrara la sociedad para atender en su día al cumplimiento de la obligación⁷⁵⁷.

3.17 Gerente

Los estatutos pueden colocar al lado del órgano de administración una especie de órgano unipersonal, con la denominación de Director-Gerente o Director General, comparte con dicho órgano las facultades administrativas y especialmente la dirección de la actividad empresarial, delimitado al efecto las respectivas esferas de competencia de un órgano y otro⁷⁵⁸. De acuerdo al art. 250 CC, la designación del gerente o director puede ser por decisión de la Junta General o por el órgano de administración, según cómo lo dispongan de los estatutos. Estará subordinado a la autoridad y vigilancia del Directorio. El nombramiento del gerente debe inscribirse en el libro segundo del Registro Mercantil⁷⁵⁹. El Gerente tiene representación Judicial, de conformidad al art. 76 Pr., es decir, está autorizado para litigar en nombre de la sociedad con las facultades que expresa la primera parte del art. 73 del Pr, dichas facultades pueden estar limitadas en los estatutos.

3.18 Cese de los administradores⁷⁶⁰

3.18.1 Fallecimiento

3.18.2 Incapacidad

3.18.3 Disolución de la persona jurídica

⁷⁵⁶ *Id*

⁷⁵⁷ *Id*

⁷⁵⁸ Cfr Urías-Menéndez, *Op. Cit*, págs. 917, 918

⁷⁵⁹ Arts. 250-13 inc.g) CC

⁷⁶⁰ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit*, págs. 391, 392

3.18.4 Aparición de una causa de incompatibilidad o prohibición

3.18.5 Vencimiento del plazo o caducidad del nombramiento

3.18.6 Renuncia del administrador al cargo

3.18.7 Revocación o separación acordada por la Junta General

3.18.8 Por decisión Judicial

3.19 Efectos del cese⁷⁶¹

3.19.1 Debe inscribirse en el registro para su oponibilidad a terceros, a instancia de la sociedad o del cesante⁷⁶².

3.19.2 El cese por caducidad del nombramiento se produce, cuando el vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o haya transcurrido el plazo para celebrar la ordinaria. La inscripción del cese debe producirse a instancia de la sociedad.

3.19.3 inscrita el cese del administrador, éste no responderá por la función que no ejerce, siendo responsable el sucesor por la actuaciones culposas y dolosas.

3.19.4 El cese de los administradores puede dejar al órgano de administración sin titulares, por que se procede ya sea a través del sistema de cooptación o la posibilidad de que a falta de órgano convocante de la Junta se solicite directamente al Juez, mediante la petición realizada conforme el artículo 252 CC.

3.19.5 Los estatutos pueden prever que un socio por orden de edad, u otro criterio, en caso de sociedad acéfala por ejemplo por fallecimiento, asuma exclusivamente la función de convocar la Junta.

⁷⁶¹ *Id*

⁷⁶² Art. 13-21 CC

3.20 La participación de los trabajadores en la vida social

En España en la LSA de 1951, interferida por la ley de 21 de julio 1962, que instauró el llamado sistema de cogestión, en el que se les da entrada en los consejos de administración de la sociedad a los representantes del personal de las empresas. Este sistema no dio resultado práctico y fue sustituido por el Estatuto de los trabajadores del 24 de marzo de 1995, que derogó la citada ley de cogestión que introdujo otro sistema de participación de los trabajadores en las empresas con fines básicamente laborales a través de especiales órganos de representación – los delegados del personal y los comités de empresas, que tiene muy amplias facultades en este terreno. Puede reclamar información sobre la situación de la producción y ventas de la sociedad y sobre sus programas de producción, tiene acceso a los documentos contables, puede emitir informes de las operaciones de fusión, absorción, o modificación de los estatutos y podrán colaborar en la dirección de la empresa, de acuerdo a lo pactado en el convenio colectivo⁷⁶³.

3.21 Administración judicial

Cuando la sociedad mercantil es embargada por un tercero, puede quedar sometida al régimen de administración judicial. El juez podrá decretar que continúe la administración existente o que ésta sea sustituida, nombrando en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma. Los administradores designados por el juez tendrán las mismas atribuciones que correspondieren al consejo de administración o administradores sustituidos, y estarán facultados para actuar en juicio y para realizar los actos de dirección, administración, sin otras limitaciones que las relativas a la enajenación o gravámenes de participación en la empresa o de ésta en otras, de bienes inmuebles o de cualquier otros bienes o derechos que por su naturaleza o importancia el juez hubiere expresamente señalado⁷⁶⁴.

En nuestra legislación procesal son aplicables los artículos 1702 y 1714 del Código de Procedimiento Civil; el primero sobre el alcance de los bienes embargados y el segundo, sobre las obligaciones del depositario.

⁷⁶³ *Ibid*, pág. 918

⁷⁶⁴ *Ibid*, pág. 918,919

4. Órgano de vigilancia

4.1 Definición

Es el órgano encargado de controlar, vigilar y revisar de forma directa o indirecta la actuación de los administradores. En la práctica mexicana, este órgano no desempeña funciones de administración o gestión, pero puede establecerse en los estatutos o por acuerdo del consejo, que ciertas categorías de negocios se realicen solamente con su consentimiento⁷⁶⁵.

Es un órgano encargado de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad. Vigilar, porque no son simples revisores de contabilidad; es permanente, por que se hace en cualquier tiempo, en todos los instantes de la vida social. No son una dependencia del consejo de administración, porque ello les privaría de la indispensable libertad de acción para el cumplimiento de sus tareas⁷⁶⁶.

Es un órgano que se limita en la práctica a emitir un informe que debe ser presentado en la Junta General para que éste tenga suficiente información a fin de aprobar o no los documentos contables que se les someten y a la gestión de los administradores⁷⁶⁷.

4.2 Nombramiento, requisito para ser vigilante, duración

El nombramiento lo hace la Junta General de acuerdo a los estatutos⁷⁶⁸.

Requisitos

4.2.1 No estar inhabilitado para el ejercicio del comercio

4.2.2 No estar comprendido en las prohibiciones que el Código de Comercio y las leyes especiales señalen.

⁷⁶⁵ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, pág. 151

⁷⁶⁶ *Ibid*, pág. 152

⁷⁶⁷ Art. 246 CC

⁷⁶⁸ Art. 124.5-246 CC

4.2.3 Debe ser independiente de los administradores, generalmente se establecen impedimentos en relación al grado de parentesco y consanguinidad con los administradores.

4.2.4 Puede ser socio o extraños.

4.2.5 Puede pactarse en los estatutos que los que ocupen dichos cargos deberán otorgar garantía a las resultas del desempeño de su misión.

4.2.6 Pueden ser personas físicas o sociales

Duración y revocabilidad

Los vigilantes son de carácter temporal, son nombrados por un tiempo fijo, que deberá expresarse en los estatutos.

Al igual que los administradores, la Junta General tiene amplias facultades para revocarlos aún sin expresión de causa.

Pueden renunciar a su cargo, pero no pueden abandonarlo en tanto que la renuncia no les sea admitida, de lo contrario responderán por los daños y perjuicios que puedan causar.

La incapacidad sobrevenida, bien sea por pérdida de la capacidad legal para el ejercicio del comercio, o bien por incurrir en las prohibiciones que el Código y la leyes especiales señalen.

4.3 Número y condición

Pueden ser uno o varios vigilantes, accionistas o no⁷⁶⁹. Si son dos o más constituirán un consejo de vigilancia, en el que las decisiones pueden tomarse por mayoría de votos.

4.4 Atribuciones

Las que determinen los estatutos, siendo en todo casos los señalados en los artículos 293, 294 y 295 CC.

⁷⁶⁹ Art. 246 CC

4.4.1 Los miembros del Consejo de Vigilancia tienen la obligación de comprobar los libros, la caja, la cartera y valores de la sociedad⁷⁷⁰. Desempeñan una función mucho más amplia y compleja de la que podría corresponder a unos simples revisores de contabilidad. Tienen un deber de custodia respecto a todos los actos que realizan los administradores para ver si la actuación de los mismos se adapta la conveniencia de la sociedad y al deber de buena administración. Según Fischer *"la función más importante, es la de fiscalizar en todas sus partes la administración de la sociedad, velando porque ésta se ajuste no sólo a los requisitos, sino también a las normas de una buena administración"*.

Puede pactarse en los estatutos que los vigilantes inspeccionen, por lo menos una vez al mes, los libros, papeles y existencia en caja. A este respecto los vigilantes tienen facultades de investigar.

4.4.2 El Consejo debe presentar cada año a la Junta General un informe en el cual señalará las irregularidades o inexactitudes que haya reconocido en los inventarios y balances⁷⁷¹. Pueden participar en la Junta, pero no votar, puesto que toda su actuación se limita a observar y a informar acerca de la actuación de los administradores. Pueden intervenir en la formación y revisión del balance anual en los términos establecidos en los estatutos.

4.4.3 Exponer, si hubiere lugar, los motivos que se opongan a la distribución de los dividendos propuestos por el socio o socios gestores⁷⁷².

4.4.4 Por lo menos un mes antes de la celebración de las Juntas Generales, estarán a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad, el balance, inventario e informes del Consejo de Vigilancia⁷⁷³.

4.4.5 En el caso de que los administradores otorguen garantías para asumir el puesto, como requisito establecido en los estatutos, este órgano se encarga de cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías otorgadas por los administradores.

⁷⁷⁰ Art. 293 CC

⁷⁷¹ Art. 293 CC

⁷⁷² Art. 293 CC

⁷⁷³ Art. 294 CC

4.4.6 Otras cláusulas facultativas

4.4.6.1 Puede pactarse inclusive que los vigilantes pueden exigir de los administradores la entrega de un balance mensual de comprobación, con el objeto de determinar a través de la misma el detalle de la marcha de las operaciones y la realidad de las mismas.

4.4.6.2 Facultades para poder hacer insertar en el orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas los puntos que crean pertinentes.

4.4.6.3 Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso que juzguen convenientes. (Dicha facultad debe estar en los estatutos).

4.4.6.4 Asistir con voz y sin voto a todas las sesiones del consejo de administración a las cuales deberán ser citados.

4.4.6.5 Asistir con voz y sin voto a todas las Juntas Generales.

4.5 Responsabilidad

La responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia, se limita a la que puede exigirse por la ejecución de un mando, conforme a las reglas del derecho común⁷⁷⁴.

4.6 Retribución

La retribución puede consistir en un sueldo, o en una participación en los beneficios, o bien, en una combinación de ambas formas.

⁷⁷⁴ Art. 295 CC

CAPÍTULO XII

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL: AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

1. La modificación del contrato social

La sociedad anónima, es una institución organizada empresarialmente, cuya manifestación jurídica la encontramos en el reconocimiento legal del propio contrato social, aunque es reconocido que se trata de un contrato incompleto, que necesita ser adaptado de manera constante, a los cambios del mercado, a través de las resoluciones de la Junta General. Por lo que resulta ser conveniente la modificación del contrato social en vez de disolver la sociedad y constituir otra. Esta facultad de la Junta General expresa también la autonomía de la sociedad como persona jurídica, derivada del derecho de asociación en sentido amplio y la libertad de empresa.

Por consiguiente, el contrato social es el ordenamiento corporativo de la sociedad, cuyo contenido se establece en atención a las circunstancias presentes en el momento constitutivo y a las previsibles para el futuro. Si posteriormente se alteran las exigencias financieras, económicas o las estrictamente jurídicas, surge la necesidad de modificar el contrato social originario, para adecuarlo a la nueva situación empresarial. La finalidad de una reforma, es alcanzar en un momento determinado la más exacta correspondencia entre las exigencias de la realidad y el ordenamiento orgánico de la sociedad⁷⁷⁵.

Uría, afirma que las modificaciones de los estatutos abarcan cualquier alteración de los mismos, con independencia de que afecte su contenido o forma, siempre que se hagan con apego al derecho. Lo que no es posible son las modificaciones de hecho de los estatutos que resulten de la conducta implícita de los órganos sociales e incluso de la aceptación tácita de todos los socios⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Cfr Broseta, Pont. *Op. Cit.* Pág. 298

⁷⁷⁶ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Págs, 943, 944

2. Órgano Competente

Recordemos que el órgano competente para modificar el contrato social, es la Junta General, como órgano soberano en la que se forma y expresa la voluntad social. Ningún otro órgano social tiene facultades para alterar la forma o el contenido del contrato y los estatutos sociales, ni siquiera es válido que la Junta General delegue esta facultad en el órgano de administración⁷⁷⁷.

3. Requisitos de forma y publicidad

El procedimiento para la modificación, es un procedimiento especial, que básicamente pretende reforzar el Derecho de Información de los socios, al margen de la elevación de quórum. Es un procedimiento imperativo, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de la Junta y los acuerdos adoptados⁷⁷⁸.

3.1 Requisitos generales que han de concurrir en el proceso modificativo:

3.1.1 Que los administradores o en su caso los accionistas, formulen por escrito un informe con la justificación de la modificación propuesta⁷⁷⁹; informe redactado con los mismos términos por los accionistas autores de la propuesta⁷⁸⁰. Le corresponde a la Junta Directiva convocar a Junta General, por lo tanto, frente al informe presentado, puede estimarla improcedente o no darle curso. Cuando sea solicitada por los accionistas la manera de someterla a discusión por la asamblea y obligar a los administradores a someterla a consideración a la Junta General, es a través de la convocatoria señalado en el artículo 252 CC, mediante la solicitud de convocatoria a una Junta Extraordinaria por accionistas que representen al menos la vigésima parte del capital social⁷⁸¹.

3.1.2 La convocatoria de la Junta deberá constar el objeto de la sesión y además, se dará a conocer el proyecto de modificación en

⁷⁷⁷ Art. 210 CC

⁷⁷⁸ Art. 261-262 CC

⁷⁷⁹ Cfr Broseta Pont, *Op. Cit.* Pág. 299

⁷⁸⁰ Art. 210 *in fine* CC

⁷⁸¹ Art. 251 segundo párrafo CC-252 CC

su parte sustancial⁷⁸². Esto permite que los socios puedan adquirir un adecuado y oportuno conocimiento de la propuesta. No es suficiente indicar la modificación en forma genérica.

3.1.3 En el anuncio de la convocatoria se debe hacer constar, asimismo, el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. La omisión de este requisito sería causa de nulidad de la misma⁷⁸³. Según la práctica española este vicio queda sanado si a la Junta concurren todos los socios y el acuerdo de modificación se adopta por unanimidad⁷⁸⁴.

3.1.4 Para acordar la modificación del contrato, salvo lo que éste disponga, se necesita el número de votos exigido por el artículo 262⁷⁸⁵.

3.1.5 En caso de aumento o reducción de capital se requiere, la aprobación judicial⁷⁸⁶.

3.1.6 Al margen de los requisitos anteriores, los acuerdos de modificación quedan sometidos a un régimen especial de publicidad. Debe inscribirse en el Registro Mercantil⁷⁸⁷.

4. Supuestos especiales de modificación

4.1 *Modificación que requiere el asentimiento de los accionistas afectados.*

Se requiere el consentimiento de los accionistas interesados. Se trata de una solución muy rigurosa, implica someter la adopción de este acuerdo a la decisión unánime de todos los socios⁷⁸⁸.

⁷⁸² Art. 210-255-261 CC

⁷⁸³ Art. 210-255 *in fine* CC

⁷⁸⁴ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 945

⁷⁸⁵ Art. 211 CC

⁷⁸⁶ Art. 213 CC

⁷⁸⁷ Arts. 213-204 CC

⁷⁸⁸ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 946

La Ley de Sociedades Anónima de España en el art. 145 menciona dos casos particulares:

4.1.1 La obligación de efectuar nuevas aportaciones sociales. Los accionistas, al amparo del principio de responsabilidad limitada, cumplen desembolsando sus acciones, sin que sea lícito imponerles obligaciones nuevas hasta entonces inexistentes o alterar en algún extremo las obligaciones pre-existentes, sin su consentimiento individual.

4.1.2 Otro ejemplo, es cuando se exige el consentimiento de los interesados en lo relativo a la creación, modificación y extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias.

4.2 Modificaciones perjudiciales a una clase de acciones.

El caso de que la sociedad haya emitido distintas clases de acciones y existan acciones privilegiadas, requiere el consentimiento de los accionistas perjudicados tal como se desprende del art. 211 segundo párrafo del Código de Comercio. Entran en este caso los acuerdos que pretenden alterar el contenido de los derechos existentes, por ejemplo: reduciendo la participación reconocida en los estatutos a favor de una clase o clases afectadas; acuerdos sobre la emisión de nuevas acciones privilegiadas que incidan en los privilegios reconocidos en las anteriores. En estos casos se toman dos clases de acuerdos: El acuerdo de la Junta General de Accionista de conformidad al artículo 262 del Código de Comercio y el otro el acuerdo unánime de las clases de acciones perjudicadas, integradas en clases. Los acuerdos pueden ser tomadas en la misma Junta o en una Junta especial convocada y reunida de acuerdo a lo dispuesto en los estatutos⁷⁸⁹.

4.3 Modificaciones de la transmisibilidad de las acciones nominativas.

Podemos prever modificaciones estatutarias sobre la transmisibilidad de las acciones nominativas, restringiéndola o condicionándola, aunque la sociedad se haya constituido bajo el régimen de

⁷⁸⁹ Cfr. Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 948

libre circulación de las acciones; pues basta el cumplimiento el procedimiento descrito para la modificación. La ley Española señala en el art. 146 que cuando la modificación estatutaria consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Durante estos tres meses los accionistas inconformes podrán transmitir sus acciones, sin ser aplicable la restricción adoptada. Según Sentencia del Tribunal Supremo de España del 25 de septiembre de 1996, establece que de forma discutible extiende esta *vacatio* de tres meses a un supuesto de ejercicio del derecho del tanteo por parte de los demás socios, en perjuicio de la minoría.

4.4 Modificación consistente en la sustitución del objeto. El Derecho de separación del accionista.

Esta modificación supone un cambio en las actividades que desarrolla la empresa y puede afectar profundamente las bases o expectativas consideradas por los accionistas para ingresar a la misma. El ejercicio de este derecho implica la disolución del vínculo jurídico societario y trae consecuencias económicas que afectan a los socios y a la sociedad. Razón por la cual, el art. 262 penúltimo párrafo CC establece el Derecho de separación, para aquellos accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo de sustitución y a los ausentes. En el primer caso deberá ejercitar ese derecho a los tres días posteriores a la clausura de la Junta y en el segundo caso dentro de un mes de publicada la resolución respectiva. Este derecho implica que es la propia sociedad que hace de contraparte de los accionistas disconformes, restituyéndoles el contenido patrimonial de sus acciones y permitiéndoles de esta forma liquidar su inversión conforme al último balance aprobado.

El derecho de separación, no puede ser restringido o suprimido en el estatuto, pero por su carácter excepcional afecta el principio de irrevocabilidad de las aportaciones efectuadas a la sociedad⁷⁹⁰.

⁷⁹⁰ *Ibid*, Pág. 949

No podemos identificar la sustitución del objeto social con cualquier cambio o modificación del objeto. Sustituir es más que modificar, por consiguiente, el accionista no podrá separarse de la sociedad cuando se proceda a hacer meras modificaciones al objeto social, por ejemplo: ampliación con actividades adicionales, manteniendo su primitivo objeto social⁷⁹¹.

4.5 Modificaciones consistentes en el cambio de domicilio social

La decisión le corresponde a la Junta General de Accionista, excepto que se les haya otorgado la facultad a los administradores. El órgano competente puede autorizar el cambio de domicilio cuando es a otro departamento o municipio del país, basta el acuerdo de la Junta Directiva, pero si se trata de un cambio fuera del país, entonces es necesario el acuerdo de la Junta General⁷⁹².

Cabe aclarar que el cambio de domicilio de las compañías anónimas y el de las sucursales que funden, pueden cambiarse avisándolo al público, con quince días de anticipación y practicándose inscripción en el nuevo domicilio⁷⁹³.

En el caso de cambio de domicilio al extranjero, cabe preguntarse si la sociedad mantendrá la personalidad jurídica en ese otro país en la que se traslada. De acuerdo a la LSA española art. 149.2 en este caso los efectos del cambio de domicilio sin perder la personalidad jurídica podrán adoptarse siempre que exista un convenio internacional, que permita mantener dicha personalidad⁷⁹⁴.

5. Publicidad de las modificaciones

Toda modificación del contrato social deberá inscribirse en el Registro Público⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ *Id*

⁷⁹² Art. 262.7 CC

⁷⁹³ Arts. 13-208-CC

⁷⁹⁴ Cfr Gómez Porrúa, Juan, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 342

⁷⁹⁵ Art. 13 a) CC

6. Aumento de capital

6.1 Definición

Es una operación jurídica por la que se eleva la cifra de capital que figura en los estatutos. En principio, se trata de una cifra estable como consecuencia del principio de estabilidad del capital social, por lo que requiere para su alteración el cumplimiento de unas formalidades rigurosas⁷⁹⁶.

Nuestra legislación comercial señala que todo aumento de capital sea acordado de previo por los estatutos, es decir, con el quórum de asistencia y los requisitos de convocatoria y de publicidad⁷⁹⁷.

6.2 Procedimiento de aumento de capital

Puede ser a través de la emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las acciones ya existentes. La sociedad es libre de elegir una de estas dos modalidades. Cualquiera que sea el procedimiento debe procederse de acuerdo a lo estipulado en los arts. 210 y siguientes y el 262 CC.

6.3 Aumento del capital con aportaciones dinerarias

Constituye el procedimiento más común, significa que los accionistas deberán hacer nuevas aportaciones al patrimonio social. Nuestra legislación establece en este caso que como requisito previo, las anteriores acciones estén completamente pagadas⁷⁹⁸.

6.4 Aumento de capital con aportaciones no dinerarias

En este caso habrá de aplicarse lo previsto para las aportaciones no dinerarias, por lo que estas aportaciones deberán ser objeto de un informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes. En vista del vacío legal de nuestra legislación, conviene establecer en los estatutos la obligación de los administradores a poner a disposición de los accionistas, al tiempo de la convocatoria de la

⁷⁹⁶ Cfr. Gómez Porrúa, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 343

⁷⁹⁷ Art. 203 CC

⁷⁹⁸ Art. 238 CC

Junta, un informe descriptivo de las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que las aportaciones consistan. Éste es el sistema establecido en la legislación española art. 155.1⁷⁹⁹.

6.5 Aumento de capital con cargos a reservas

Este tipo de aumento significa la entrada de nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias. La operación consiste en la transformación social de reservas sociales en capital, que desde un punto de vista contable tiene lugar mediante un simple traspaso o transferencia de fondos de la cuenta de reservas a la de capital, o mediante la reestructuración de los recursos propios de la sociedad. Este aumento de capital carece de efectos económicos sobre el patrimonio de los socios, porque el valor real de su participación global se mantiene inalterable. Las acciones que se emiten no deben entenderse como acciones gratuitas, sino que son acciones realmente desembolsadas con bienes provenientes de las reservas sociales⁸⁰⁰.

En este caso es permitido utilizar como contravalor las reservas disponibles, las primas de emisión, incluso la reserva legal en la parte que exceda del 10% de la cifra del capital social⁸⁰¹.

El aumento con cargo a reservas puede realizarse mediante elevación del valor nominal de las acciones antiguas. Si el aumento se realiza mediante la emisión de acciones, los antiguos accionistas disponen del llamado derecho de asignación gratuitas de las nuevas acciones, que tiene el carácter de transmisibles. Este derecho se le reconoce a la propia sociedad respecto a las acciones que tenga en autocartera⁸⁰².

6.6 Aumento del capital por compensación de créditos

Se lleva a cabo mediante la capitalización de deuda, es decir, compensar los créditos que surjan a favor de la sociedad como

⁷⁹⁹ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.* Pág. 953-954

⁸⁰⁰ *Ibid*, Págs. 954-955

⁸⁰¹ *Id*

⁸⁰² Art. 233.1 CC

consecuencia de la obligación de aportación con deudas preexistentes que la sociedad tiene frente al suscriptor de las acciones. Este procedimiento convierte en socio a los acreedores sociales que estén dispuestos a sustituir su derecho de crédito por una participación en la sociedad, presenta como principal especialidad la relativa a su desembolso, puesto que tiene lugar mediante la compensación, sin que el accionista tenga que efectuar aportación alguna⁸⁰³.

La legislación española en el artículo 156 establece como requisito que han de concurrir para afectar esta operación:

- Que al menos un 25 % de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años;
- Que al tiempo de la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los accionistas, una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviere un auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor a petición de los administradores.

6.7 Aumento del capital por conversión de obligaciones en acciones

Según Uría, no es más que una modalidad de aumento de capital por compensación de créditos, en la medida en que el desembolso de las nuevas acciones se hace con cargo a los créditos representados por las obligaciones que se convierten en acciones⁸⁰⁴.

6.8 Aumento del capital a través de suscripción pública de las acciones

Recordemos el derecho de suscripción preferente de los accionistas, en este caso las acciones se ofrecen públicamente para su suscripción, dichas acciones se colocan no solo a los accionistas, sino al público⁸⁰⁵.

⁸⁰³ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Págs. 955-956

⁸⁰⁴ Arts. 315-316-319 LGTV

⁸⁰⁵ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 957

6.9 Aumento de capital por delegación de la Junta General: El capital autorizado.

Consiste en que la Junta General de Accionistas puede delegar en los administradores la facultad de acordar el aumento de capital. El artículo 153.1 de la LSA española establece que los administradores pueden aumentar el capital social en una o varias veces, sin necesidad de consultar a la Junta General de accionistas y en el momento y en la cuantía que dentro de los márgenes fijados por la Junta, libremente decidan. Este tipo de aumento resulta de mucha utilidad en las sociedades cotizadas⁸⁰⁶. Nuestro sistema legal no permite este tipo de delegación, puesto que el artículo 210 establece de manera taxativa que la única instancia autorizada para modificar el contrato social es la Junta General de Accionista.

6.10 Ejecución del acuerdo de aumento de capital

Posterior al acuerdo social y aprobación judicial, los administradores previamente facultados por la Junta General deberán señalar la fecha en que el acuerdo de aumento de capital deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones de las mismas. Queda claro que el procedimiento de aumento de capital no termina con la toma del acuerdo, sino que constituye una operación compleja, en la que la primera fase deliberatoria (propuesta, informe justificativo, acuerdo, aprobación judicial, inscripción en el registro), sigue la segunda fase ejecutiva (suscripción y desembolso de las acciones)⁸⁰⁷.

6.11 Suscripción incompleta del aumento acordado

Para el Derecho Español art. 161.1 cuando el capital acordado no sea suscrito íntegramente dentro del plazo establecido. En este caso el capital sólo quedará aumentado en la cuantía de las suscripciones realmente obtenidas si en las condiciones de la emisión se hubiere previsto expresamente esta posibilidad. Nuestro sistema legal no establece esta situación, pero es válido establecerlo en el acuerdo de la Junta.

⁸⁰⁶ *Id*

⁸⁰⁷ *Cfr* Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 960 y Vicent Chulía, *Op. Cit.*, págs. 466-467

El sistema español también señala que si el acuerdo de aumento del capital social quedara sin efecto por suscripción incompleta de las acciones emitidas, los administradores de la sociedad lo publicarán en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y dentro del mes siguiente a aquél en que hubiera finalizado el plazo de suscripción, restituirán a los suscriptores o consignarán a su nombre en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos las aportaciones realizadas.

6.12 Procedimiento legal para el aumento de capital

Cualquier reforma o ampliación que se haga en el contrato de sociedad, constituye una modificación al mismo, por la cual, en materia de sociedad anónima, rigen las reglas siguientes:

6.12.1 En la convocatoria debe indicarse el objeto de la sesión y darse a conocer el proyecto de modificación⁸⁰⁸.

6.12.2 Debe ser acordada por la Junta General ⁸⁰⁹.

6.12.3 Salvo disposición contraria de los estatutos, se requiere siempre la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, por lo menos, para resolver sobre el aumento o reducción de capital⁸¹⁰.

6.12.4 Lo acordado por la Junta General deberá ser aprobada por el Juez, e inscrita en el Registro Mercantil y publicada en la Gaceta Diario Oficial⁸¹¹.

El Juez podrá negar su aprobación si se hubiere procedido ilegalmente, con dolo o malicia.

⁸⁰⁸ Art. 210 CC

⁸⁰⁹ Arts. 210-212 CC

⁸¹⁰ Arts. 211-262 CC

⁸¹¹ Arts. 204-213 CC

7. Reducción del capital

7.1 Definición

La reducción del capital, presenta un paralelismo al aumento del capital, de tal manera que nos encontramos ante dos operaciones semejantes, pero de signo contrario. Es la operación que modifica el contrato social, en virtud del cual la cifra nominal del capital social, es reducida parcialmente. El estudio de la reducción del capital es de vital importancia, por cuanto, dicho capital constituye una garantía respecto a los acreedores y al reducir el mismo trae consecuencias jurídicas que pueden entorpecer la buena marcha de la empresa⁸¹².

La reducción de capital puede obedecer a distintas finalidades o razones de orden económico financiero, que en esencia se reducen en dos:

7.1.1 Reducción real o efectiva del capital:

La primera, consiste en que el capital suscrito resulta excesivo para la explotación de la sociedad, es decir; cuando implique una salida de fondos del patrimonio de la sociedad, por ejemplo: un cálculo erróneo en cuanto a la entidad económica de la actividad a desarrollar o por un cambio de objeto. Por lo que la sociedad se ve obligada a devolver a los socios parte de las aportaciones realizadas o a condonarles el pago de los dividendos pasivos pendientes y un tercer caso, la constitución o incremento de reservas voluntarias. En este último caso el incremento de reservas voluntarias implica alterar el régimen de la disponibilidad de parte del patrimonio, que de estar afecto a la cobertura del capital pasaría a ser libremente distribuible entre los accionistas. Este es el criterio que sigue la LSA de España art. 163.1⁸¹³.

⁸¹² Cfr Gómez Porrúa, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 350

⁸¹³ *Id*

Según Manuel García Rendón, la reducción real del capital social obedece fundamentalmente a las siguientes causas:

7.1.1.1 A la sobrecapitalización de la sociedad⁸¹⁴

7.1.1.2 A la separación de los socios

7.1.1.3 A la adquisición por la sociedad de sus propias acciones

7.1.1.4 Al retiro parcial o total de las aportaciones, cuando la sociedad haya adoptado la modalidad de capital variable.

7.1.2 Reducción de capital patrimonial o contable

La segunda, consiste en las pérdidas del valor patrimonial social por debajo de la cifra de capital. Se lleva a cabo como medida de saneamiento financiero para equilibrar el nuevo capital y patrimonio y hacer posible así el eventual reparto de beneficios, que en otros casos no estaría permitido por la situación de desbalance. Es decir, consiste en rebajar el importe de la cuenta de capital para ajustarla al valor real del patrimonio. También hay reducción meramente nominal cuando la reducción se efectúa con la finalidad de constituir o de incrementar la reserva legal. (Art. 163.1 LSA de España⁸¹⁵).

7.2 Procedimiento de la reducción del capital

Hemos dejado claro en los temas anteriores que la reducción del capital puede llevarse a cabo a través de distintos procedimientos que inciden en las acciones, ya sea mediante la reducción del valor nominal de las acciones y preservando el número de éstas, o bien amortizando parte de las acciones y manteniendo el valor nominal de las restantes, o a través de la agrupación para canjearlas, que se traduce en realidad en una combinación de los dos primeros procedimientos, es decir, al implicar la agrupación de dos o más acciones para sustituirlas por otras de un valor nominal inferior al de las antiguas⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Cfr García Rendón, *Op. Cit*, pág. 307

⁸¹⁵ Cfr Uriá-Menéndez, *Op. Cit*, Pág. 966

⁸¹⁶ *Ibid*, Pág. 968

7.3 Formalidades y requisitos generales de la reducción

7.3.1 En la convocatoria debe indicarse el objeto de la sesión y darse a conocer el proyecto de modificación⁸¹⁷.

7.3.2 Debe ser acordada por la Junta General⁸¹⁸.

7.3.3 Salvo disposición contraria de los estatutos, se requiere siempre la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital, y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, por lo menos, para resolver sobre la reducción de capital⁸¹⁹.

7.3.4 Lo acordado por la Junta General deberá ser aprobada por el Juez, e inscrita en el Registro Mercantil y publicada en la Gaceta Diario Oficial⁸²⁰.

7.3.5 Aprobada la reducción del capital de la compañía, los administradores podrán cumplir desde luego el acuerdo de la Junta General, si el capital efectivo restante, después de hecha dicha reducción excediere del doble del importe de las deudas y obligaciones de la compañía⁸²¹.

7.3.6 La reducción no podrá llevarse a efecto hasta que no se liquiden y paguen todas las deudas y obligaciones pendientes a la fecha del acuerdo, a no ser que la compañía obtuviere el consentimiento previo de sus acreedores. La reducción no podrá llevarse a efecto, sino treinta días después de la publicación del acuerdo de la Junta en un periódico del departamento, o en su defecto en el oficial y si dentro de ese tiempo no se presentare oposición por alguno de los acreedores que por tal acuerdo se creyesen perjudicados⁸²².

⁸¹⁷ Art. 210 CC

⁸¹⁸ Arts. 210-212 CC

⁸¹⁹ Arts. 211-262 CC

⁸²⁰ Arts. 204-213 CC

⁸²¹ Art. 214 CC

⁸²² Art. 215 CC

7.4 Reducción efectiva del capital y derecho de oposición de los acreedores sociales

Nuestro sistema jurídico mercantil protege a los acreedores sociales mediante disposiciones que le dan garantías suficientes para que sus deudores no lo defrauden, en este caso se trata de que el capital social no sea rebajado caprichosamente, es así que el Código de Comercio en el artículo 215 faculta a los acreedores sociales para que en caso de perjuicio puedan oponerse a la reducción de capital. La Ley de Títulos Valores reconoce este derecho de oposición en el caso de los bonos *debentures*, señalando de que la sociedad creadora no podrá reducir su capital sino en proporción al reembolso que haga de los títulos en circulación; ni podrá cambiar su finalidad, su domicilio, su denominación o la nacionalidad que pueda tener, sin el consentimiento de la Asamblea General de tenedores de *debentures*⁸²³.

En cuanto al ejercicio de la acción por oposición, nuestro Código de Comercio no establece el procedimiento, por cuanto debe entenderse que se tramita en la vía ordinaria mercantil⁸²⁴.

En el derecho español art. 166 LSA, reconoce el derecho de oposición, pero la ley va más allá al señalar que el derecho de oposición decae, si los créditos han sido ya garantizados, momento en el cual la reducción podría llevarse a términos.

La ley Española en el art. 167 establece casos en los cuales se excluye el derecho de oposición de los acreedores:

- Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas;
- Cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal;
- Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la

⁸²³ Art. 292 LGTV

⁸²⁴ Art. 6. del Pr- “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”..

sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social.

7.5 Supuestos de reducción nominal del capital

Se busca como equilibrar la cifra del capital social con el valor del patrimonio reducido por consecuencias de las pérdidas, o a la constitución o incremento de la reserva legal. La reducción se traduce en una operación contable, es decir, la simple rebaja de la cifra del capital social, en el primer caso, acompañada, en el segundo caso del incremento de la partida de la reserva legal, que deja inalterada la situación de la sociedad. Este tipo de reducción no puede dar lugar a reembolsos a los accionistas ni a condonaciones de dividendos pasivos, ni a la constitución de reservas voluntarias⁸²⁵.

7.6 La reducción obligatoria del capital por consecuencia de pérdidas

Tiene como finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el valor real de su patrimonio, saneando así su situación económica. El art. 269.5 CC, por su parte advierte, que la disminución del capital por más de las dos terceras partes, puede causar la disolución forzosa, en cambio, si los socios efectuasen nuevas aportaciones que mantengan por lo menos en un tercio el capital social, ésta pueda continuar.

La reducción de capital por pérdidas tiene que afectar por igual a todas las acciones en proporción a su valor nominal, sin perjuicio de los privilegios que puedan corresponder a clases determinadas de acciones⁸²⁶.

7.7 Reducción del capital mediante adquisición de acciones propias

La reducción de capital social mediante la adquisición de acciones propias para su amortización está regulada en el artículo 233.3 CC,

⁸²⁵ Cfr Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 970-971

⁸²⁶ Art. 211 CC

que trata de garantizar la igualdad de oportunidades y de evitar un posible trato discriminatorio entre los accionistas. Esta es una forma a través de los cuales podría ejecutarse cualquier operación de reducción. Se aplica en el supuesto de que la sociedad formula una oferta a los accionistas para adquirir sus acciones y amortizarlas⁸²⁷.

7.8 Reducción del capital a cero o por debajo de la cifra legal

Esta hipótesis no está regulada en nuestro sistema, pero es importante conocerla y citar lo dispuesto en el artículo 169 LSA de España.

La ley prevé la operación vulgarmente denominada "acordeón", frecuentemente practicada en España para resolver las numerosas crisis bancarias habidas entre 1975 y 1985, consistente en que la sociedad afectada, que se encontraba prácticamente en quiebra, reducía su capital hasta, normalmente dejar en una peseta de aquel entonces, el valor de cada una de sus acciones, con lo cual sus accionistas perdían el total valor de su inversión. Simultáneamente se adoptaba el acuerdo de elevar el capital en la cifra necesaria para reflotar la sociedad mediante las aportaciones de los socios, antiguos o nuevos, recuperando así los recursos propios de la sociedad para hacer posible la continuidad de ésta y la explotación de la empresa. Se salvaron así muchos bancos en España evitando su suspensión de pagos o su quiebra, atribuyendo normalmente las nuevas acciones a otra entidad bancaria distinta⁸²⁸.

La ley de sociedades anónimas adopta y generaliza este procedimiento, estableciendo que el acuerdo de reducción del capital a cero o por debajo de la cifra del capital mínimo legal sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la cifra mínima⁸²⁹.

⁸²⁷ *Ibid*, Pág. 974

⁸²⁸ Cfr Broseta Pont, *Op. Cit.*, pág. 304

⁸²⁹ Art. 169 LSA de España

CAPÍTULO XIII

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD

1. Transformación

Entendemos por transformación de una sociedad, el cambio de un tipo social a otro reconocido por la ley, conservando su personalidad jurídica⁸³⁰. Consiste en una modificación esencial de la estructura social, conlleva un cambio de organización. La transformación se produce por el deseo de los socios de adaptar a la sociedad a las nuevas necesidades económicas. La transformación requiere que partamos de la existencia de una sociedad que se encuentra regularmente constituida, no es el caso de un empresario individual que constituye una sociedad⁸³¹. Nuestro sistema jurídico mercantil deja a voluntad de los socios la elección del tipo societario que crean conveniente, excepto en los casos especiales que la ley establece la forma de organización como es el caso de los Bancos, que deben ser sociedades anónimas. En el primer caso deja abierta la posibilidad de que los socios decidan la transformación de la sociedad.

Francisco José León Sanz, define la transformación como la modificación de los estatutos por el que una sociedad cambia de tipo, conservando su identidad, es decir, sin disolución, liquidación y constitución de una nueva sociedad. La transformación implica, una simplificación en el procedimiento para llevar a cabo el cambio de forma jurídica de organización societaria y facilitar así su adecuación a las necesidades sociales en interés de la continuidad de la sociedad⁸³².

1.1 Supuestos de transformación

Los supuestos, resultan de combinar los tipos de sociedades que hemos estudiado, sociedad colectiva, comanditaria simple o por

⁸³⁰ BJ 20781 s 17 de julio de 1961

⁸³¹ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 560

⁸³² León Sanz, Francisco José, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*. Aranzandi, Pamplona, 2001, pág. 2147

acciones. En el caso de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España⁸³³, ha previsto determinados supuestos de transformación, de una sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil o en sociedad de cooperativa y de éstas en sociedad limitada⁸³⁴.

1.2 Procedimiento de Transformación

Primero, se parte de un acuerdo de los socios, dependiendo del tipo de sociedad que se quiera transformar, puesto que hay que tomar en cuenta el caso transformación de una sociedad personalista en otro tipo social y el supuesto en que la sociedad que se transforma sea una sociedad capitalista. Si se trata de una sociedad colectiva o en comandita simple, es preciso un acuerdo unánime de todos los socios colectivos y comanditarios, salvo que se disponga otra cosa en la escritura social. Si la transformación es de una sociedad anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada bastará que el acuerdo de la Junta General sea adoptado según lo estipulado en la escritura social. En caso de oposición, los socios tienen derecho de oponerse a la transformación, en este caso debe estipularse en la escritura social que el socio disidente tiene derecho a la separación y por lo tanto puede proceder como lo dispone el art. 262 parte final "...exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al capital social, conforme al último balance aprobado...". Este derecho también lo tiene los ausentes que no se hayan adherido al acuerdo⁸³⁵.

1.3 Escritura e inscripción de las transformaciones

De acuerdo a la legislación española⁸³⁶ la transformación debe constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. La escritura es otorgada por los representantes de la sociedad encargados de la ejecución del acuerdo. La escritura deberá contener las menciones exigidas por el Código de Comercio para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte. Debe recogerse también, cuál es el patrimonio de la sociedad en que el cambio del

⁸³³ Ley 2/1995 del 23 de marzo

⁸³⁴ Cfr León Sanz, *Op. Cit*, Págs. 2152 al 2158

⁸³⁵ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit*, Págs. 561 al 563

⁸³⁶ Arts. 227-228-229 LSA de España

tipo social se opera. Razón por la cual debe exigirse transcribir en la escritura el balance de la sociedad que refleje el patrimonio social el día anterior a su otorgamiento. También se recomienda incorporar en la escritura el informe de expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario. Cuando se trate de una sociedad anónima que se convierte en sociedad colectiva o comanditaria y varios socios se opongan, tienen derecho a la separación y la escritura de transformación debe contener una relación de los socios que hayan hecho uso de ese derecho y del capital que representan. La escritura de transformación se inscribirá en el Registro Mercantil, acompañando el balance de la sociedad cerrado por lo menos el día anterior al acuerdo de transformación y el balance de la sociedad cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura⁸³⁷.

Nuestro sistema jurídico mercantil no tenemos ninguna disposición que se refiera a la transformación, pero encontramos que la transformación tiene la naturaleza de modificación estatutaria, en consecuencia podemos aplicar lo dispuesto en el Código de Comercio sobre la modificación del acta constitutiva o estatutos⁸³⁸. El acuerdo de transformación se ha de recoger en acta conforme lo dispuesto con carácter general⁸³⁹.

1.4 Efectos de la transformación

1.4.1 Una vez efectuada la transformación, los socios estarán sometidos al régimen jurídico del nuevo tipo social⁸⁴⁰.

1.4.2 Las acciones, cuotas o participaciones que recibían serán proporcionales a las que poseían con anterioridad a la transformación⁸⁴¹.

1.4.3 Entraña un cambio en el régimen de la responsabilidad por las deudas sociales⁸⁴²:

⁸³⁷ Cfr León Sanz, *Op. Cit.*, pág. 2159

⁸³⁸ Arts. 210-262 CC

⁸³⁹ Art. 36 CC

⁸⁴⁰ Cfr León Sanz, *Op. Cit.*, pág. 2195

⁸⁴¹ *Ibid*, Pág. 2196

⁸⁴² *Ibid*, Pág. 2197

1.4.3.1 Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad ilimitada, responderán de la misma forma de las deudas anteriores a la transformación.

1.4.3.2 La transformación de sociedad colectiva a comanditarias en anónimas no libera a los antiguos socios colectivos de responder solidaria y personalmente con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a dicha transformación, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la misma.

2. Fusión

Antes de hablar de la fusión, es necesario referirnos a aquellas instituciones que tienen semejanza con la fusión de sociedades. El fenómeno de fusión de sociedades, representa una de las formas de manifestación de la concentración de empresas. Se habla de fusión, desde el aspecto jurídico y económico; también puede ser desde el aspecto económico solamente, como es el caso de concentración económica de las empresas, sin que los titulares desaparezcan⁸⁴³.

Alessandro Graziani, al ocuparse de la fusión expresa que ésta constituye uno de los modos de realizarse, el fenómeno de la concentración de empresas. El fenómeno para las sociedades puede presentarse también de otras formas, como constitución de grupos, *holdings*, adquisición de acciones o partes sociales entre sociedades, etc; con éstas formas se determina solamente la concentración económica de las empresas. En la fusión es diverso, continúa, porque a la concentración económica corresponde la unificación jurídica de los empresarios. Advierte también que muy comúnmente una concentración meramente económica, va seguida, con el tiempo, de una jurídica, esto es, de la fusión⁸⁴⁴.

La evolución de los pueblos es la que ha determinado y dirigido el desarrollo constante del fenómeno de la agrupación de empresas. Los organismos débiles son aplastados por los más fuertes en esta terrible lucha de la vida económica. Esta es la causa por la que las empresas débiles fijan sus miras en la conveniencia de unirse a las empresas más fuertes, para evitar así ser devoradas y desaparecer.

⁸⁴³ Cfr Vázquez del Mercado, *Op, Cit*, Pág. 275

⁸⁴⁴ Graziani, Alessandro, *Diritto delle società*, Napoli, 1967, pág. 520

Las mismas empresas de mayor capacidad económica, con el fin de poder desarrollar mejor sus actividades, buscan la ayuda de aquellas cuya potencialidad económica es menor. A estas uniones o concentraciones se les ha designado en Italia con el nombre de *sindacati* (uniones), entendiéndose con esta expresión aquellas agrupaciones a las cuales recurren las empresas industriales con el fin de limitar la concurrencia o bien para reforzar la propia eficacia productiva para resistir mejor la concurrencia⁸⁴⁵.

Los *sindicatii* (uniones) comprenden, tantos los *trust*, colaciones de origen americano, como los *Kartells* –asociaciones florecientes en Alemania y Austria–, Así como otras formas de uniones temporales o permanentes, las cuales surgen en el campo de la industria, del comercio o de la simple especulación⁸⁴⁶.

Conviene dar una idea de diversas formas de uniones, que no son fusiones de sociedades, pero que se les asemeja.

Kartell: Son uniones o asociaciones de empresarios independientes de un mismo sector profesional y para un determinado territorio, con el objeto de regular la concurrencia entre los miembros que lo forman e influir y alcanzar, una preponderancia en el mercado común, en virtud de la regulación homogénea a que se someten. Se trata de acuerdos entre los empresarios de no sacar al mercado un producto similar, sino en determinadas condiciones de venta, de manera que no haya una competencia desfavorable para ninguno de ellos. El Kartell se distingue de la fusión, porque el primero está constituido por una unión de empresarios y no de sociedades como sucede en la fusión⁸⁴⁷.

Consortio: Es una reunión de empresas, cuyo género de negocios sea similar, para su robustecimiento económico y mejora de las posibilidades técnicas de producción, en la que si bien cada empresa particular conserva su identidad por lo menos en el aspecto externo, se encuentran ligadas unas con otras por relaciones de carácter capitalista y se hallan sujetas a una dirección común. Se puede calificar como consorcio los acuerdos entre los titulares de empresas

⁸⁴⁵ Cfr Vázquez del Mercado, *Op. Cit.*, Pág. 277

⁸⁴⁶ *Ibid*, pág. 278

⁸⁴⁷ *Ibid*, pág. 279

concurrentes o conexas que miran a la disciplina de la actividad de éstas o a la realización del mejor desarrollo de su hacienda y que les deja íntegra su autonomía. En cambio en el *Kartell*, el objeto que se persigue es regular la concurrencia entre los miembros que lo forman y alcanzar una preponderancia en el mercado común, sin importar la técnica de producción que es precisamente el objeto del consorcio. Los consorcios no forman una sociedad, cada uno de los empresarios, aún cuando convengan en colaborar, persigue la obtención de su propio lucro⁸⁴⁸.

El consorcio puede carecer de personalidad jurídica, en cuyo caso se asemeja a la asociación en participación, o puede estar dotado de ella en el caso de que los participantes se agrupen para formar una sociedad mercantil⁸⁴⁹.

Konzern: Se distingue de los consorcios porque la agrupación de este último se realiza de forma permanente. De acuerdo al Derecho mexicano, este tipo legal de *konzern* es el de la sociedad de responsabilidad limitada de interés público. Este tipo de concentración social puede también formarse contractualmente, sin constituir una nueva sociedad y en todos los casos, los integrantes conservan su personalidad jurídica⁸⁵⁰.

Holding: Se caracterizan porque su principal actividad se reduce a la adquisición de acciones de otras sociedades de variado objeto social y al control y supervisión de la administración de éstas. Suelen llamarse compañías controladoras y controladas. El principal criterio que se aplica para determinar si una compañía es holding de otra se refiere al monto de su capital controlado y, consecuentemente, el poder de voto que la holding ejerce en la sociedad controlada. Cada una las sociedades controladas conserva su personalidad jurídica⁸⁵¹.

2.1 Concepto de fusión

La mayoría de los autores han considerado a la fusión como la unión de dos o más empresas para formar una sola. Se entiende por

⁸⁴⁸ *Ibid*, págs. 282-283

⁸⁴⁹ Cfr García Rendón, *Op. Cit.* Pág. 515

⁸⁵⁰ *Ibid*, Pág. 516

⁸⁵¹ *Id*

fusión la reunión de dos o más sociedades hasta entonces distintas, de suerte que vengan a formar una sola sociedad. También se expresa el concepto de fusión en la forma siguiente: consiste, en la unión jurídica de varios organismos sociales, que se compenetran recíprocamente, dando lugar a que la pluralidad de organismos vengan a ser sustituida por una sola organización jurídica⁸⁵².

La fusión es una operación jurídica que afecta a dos o más sociedades y que conduce a la extinción de todas o alguna de ellas y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad que los absorbe o en una sociedad de nueva creación⁸⁵³.

Podemos concluir que fusión debe entenderse como la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían.

2.2 Clases de Fusión

2.2.1 Fusión por integración (por creación de una nueva sociedad)

Es la que tiene lugar cuando el activo y el pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye. Se da a través de la extinción de todas las sociedades que quieren fusionarse y la constitución de una nueva. Los patrimonios de las sociedades que se extinguen se transmitirán en bloque a la nueva entidad que adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas⁸⁵⁴. Según Rodríguez Rodríguez, expresa que los fenómenos jurídicos que se producen en este caso son: Disolución, fusión y constitución⁸⁵⁵.

⁸⁵² *Ibid*, pág. 285

⁸⁵³ Lázaro Sánchez, Emilio Jesús, La fusión, escisión y cesión global del activo, 1994, pág. 2402 y Uria-Menéndez, *Op. Cit*, pág. 1250,

⁸⁵⁴ *Cfr* Sánchez Calero, *Op. Cit*, pág. 567

⁸⁵⁵ *Cfr* Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit*. Pág. 518

2.2.2 Fusión por absorción

Es la que tiene lugar cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos, aumentando su capital social en la cuantía que proceda. En este caso la sociedad absorbente mantiene su propia personalidad⁸⁵⁶.

En cualquiera de los procedimientos citados, la fusión tiene lugar interviniendo distintas formas societarias, se complica cuando la fusión es entre sociedades de distinta naturaleza.

Nuestro Código de Comercio regula la fusión en el capítulo V, sección VI, artículos 263 al 268, va inmersa en las disposiciones regulatorias de la sociedad anónima, dichos preceptos legales no son exclusivamente para la sociedad anónima, sino que por analogía se aplican a otros casos de fusión de sociedades mercantiles (Colectiva, comanditarias).

2.3 Preparación de la fusión

El órgano de administración de cada sociedad es el encargado de preparar el proyecto de fusión, las cuales deben de redactar y suscribir el proyecto de fusión, dicho proyecto constituye la base del negocio de fusión. Este proyecto debe ser presentado para su aprobación a las Juntas Generales de todas las sociedades que participan⁸⁵⁷. Los administradores deberán redactar un informe justificativo y deberá someterse a revisión de expertos independientes⁸⁵⁸.

Según el artículo 235 de la LSA de España el proyecto de fusión contendrá las menciones siguientes:

1. La denominación y domicilio de las sociedades que participan en la fusión y de la nueva sociedad, en su caso, así como los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. 2. El tipo de canje de las acciones, que se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social y la compensación complementaria

⁸⁵⁶ *Id*

⁸⁵⁷ Art. 262.3 CC

⁸⁵⁸ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, pág. 568

en dinero que, en su caso, se prevea. 3. El procedimiento por el que serán canjeados los títulos de las sociedades que hayan de extinguirse, la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho. 4. La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio. 5. Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales y a quienes tengan derechos especiales distintos de las acciones en las sociedades que deban extinguirse o en su caso, las opciones que se les ofrezcan. 6. Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

2.4 Convocatoria de la Junta General

La fusión deberá ser aprobada por la Junta General de Accionistas de cada una de las sociedades, salvo pacto en contrario, para la constitución de la Junta deberá ser necesario el quórum y la mayoría prevista en el art. 262 CC, en la convocatoria de la Junta deberá constar el objeto de la sesión y además, se dará a conocer el proyecto, así como el balance de fusión de cada una de las sociedades; la convocatoria deberá realizarse de acuerdo al 253 CC.

2.5 Acuerdo de fusión

Cada sociedad deberá aprobar el proyecto de fusión⁸⁵⁹, si la sociedad absorbente o la nueva sociedad fuese colectiva o comanditaria, requiere el consentimiento de todos los accionistas que en virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales.

Nuestro sistema mercantil no establece el contenido del acuerdo de fusión, quedando a voluntad de las partes; pero para comprender qué cláusulas deberán contener, a continuación citamos los artículos 227

⁸⁵⁹ Art. 263 CC

y 228 de Reglamento de Registro Mercantil Español: 1. Identidad de las sociedades participantes; estatutos que hayan de regir la nueva sociedad o en el caso de fusión por absorción, la modificación estatutaria que proceda en la sociedad absorbente. 3. Tipo y procedimiento del canje de las acciones o participaciones. 4. Procedimiento por el que serán canjeadas las acciones o participaciones; fecha a partir del cual las operaciones de las sociedades que se extinguen se considerarán realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio; 6. Derechos especiales que hayan de otorgarse en la nueva sociedad o en la absorbente, a quienes lo tuvieren en las sociedades extinguidas; Ventajas de cualquier clase que hayan de atribuirse a quienes han participado en la fusión; y otras circunstancias que deben constar en la escritura de fusión.

El acuerdo de fusión deberá ser publicado debidamente en la Gaceta Diario Oficial. En la publicación deberá constar el Derecho que asiste a los accionistas de obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión, así como el derecho de los acreedores de la sociedad a oponerse a la ejecución de la fusión⁸⁶⁰.

2.6 Derecho de oposición de los acreedores

La fusión sólo tendrá efecto transcurrido tres meses desde la publicación del respectivo acuerdo⁸⁶¹. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades podrán oponerse a la fusión hasta que se le garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación del acuerdo, a no ser que conste de modo auténtico que se hayan satisfechas todas las deudas de cada una de las sociedades que tratan de fusionarse o que se ha puesto a la orden del Juzgado de competente respectivo, el importe de dichas deudas depositado en la cajas de la compañía, o que se ha obtenido el consentimiento de los acreedores⁸⁶².

⁸⁶⁰ Arts. 263-264-265

⁸⁶¹ Arts. 264-265 CC

⁸⁶² Art. 264 CC

En caso de oposición, se suspenderá la realización de la fusión hasta que se resuelva judicialmente⁸⁶³.

2.7 Ejecución de la Fusión

Una vez transcurrido el plazo establecido en el Art. 264 CC, la fusión puede llevarse a efecto mediante la constitución de la nueva sociedad o realización de la absorción prevista.

2.7.1 Presupuestos de ejecución

2.7.1.1 Un efecto extintivo sobre las sociedades que se van a integrar en la nueva o que van a ser absorbidas. La sociedad se extingue, lo que se hará constar en el Registro Mercantil una vez inscrita la fusión.

2.7.1.2 Un traspaso de bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que se constituye o la sociedad absorbente. Se produce una sucesión universal de todos los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas que se traspasan a la nueva sociedad o a la absorbente⁸⁶⁴.

2.7.1.3 Participación de los socios de las nuevas sociedades extinguidas en la nueva sociedad o en la absorbente, recibiendo un número de participaciones proporcional a la que tenían en aquellas sociedades.

2.7.1.4 El traspaso del patrimonio y el de los socios a la nueva sociedad o la absorbente, puede verse alterado por el derecho de separación de los socios, que implica una liquidación de sus participaciones⁸⁶⁵.

2.7.2 Formalización de la ejecución

2.7.2.1 Constitución de una nueva sociedad

⁸⁶³ Art.265 CC

⁸⁶⁴ Art. 266 CC

⁸⁶⁵ Art. 262CC

La escritura de fusión deberá contener además de lo antes señalado, las que el Código de Comercio o las leyes respectivas exijan para la fundación de una sociedad del tipo que se quiera crear. Por lo tanto, si se quiere constituir una sociedad anónima, la escritura habrá de contener los requisitos del artículo 124, y esa escritura habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, además de los requisitos mencionados se deberá constar la composición del patrimonio de las sociedades que se han extinguido con la fusión. Razón por la cual deberá figurar en ella el balance de la fusión de cada una de las sociedades extinguidas. Deberá de acompañarse a la escritura de fusión otros documentos como los anuncios de la convocatoria y el acuerdo de fusión, los informes de los administradores y el de los expertos, cuando fuere necesario⁸⁶⁶.

2.7.2.2 Absorción

En este caso particular la escritura de fusión deberá contener adicionalmente, las circunstancias del acuerdo de fusión, en la escritura social y estatutos de la sociedad absorbente. Si se trata de una sociedad anónima, las modificaciones implican el aumento de capital de la sociedad absorbente⁸⁶⁷. También se hará constar en la escritura el número y clase de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas y deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. La personalidad jurídica de la sociedad absorbente no se ve afectada por la absorción, porque como hemos señalado sucede a título universal a las sociedades extinguidas⁸⁶⁸.

2.7.2.3 Impugnación de la fusión

La ley de Sociedades anónimas de España en el art. 246, regula la forma de proceder en caso de impugnación de la fusión, señalando que la acción de nulidad contra una fusión ya inscrita en el Registro, solo podrá basarse en la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos de la Junta General de Accionistas, y deberá dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad resultante de la fusión. La sentencia que declare la nulidad

⁸⁶⁶ Cfr. Sánchez Calero, *Op. Cit.*, pág. 573

⁸⁶⁷ En este caso serán aplicables las disposiciones sobre aumento de capital señalado en los artículos 210 al 215 CC

⁸⁶⁸ *Id*

habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su *Boletín Oficial* y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión. De tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión.

3. Escisión de sociedades

Esta es una figura desconocida en nuestro Código de Comercio, la primera en regular la escisión fue la ley francesa de 1966 y posteriormente, fue objeto de la sexta Directiva de la CEE, posteriormente regulada en las leyes internas de los Estados, tal es el caso de la ley española 19/1989 de 25 de julio, pero antes de su regulación ya se practicaba en el mundo de los negocios⁸⁶⁹.

Desde el punto de vista económico se trata de dividir o separar en dos o más partes, empresas o establecimientos el patrimonio de una sociedad que se extingue, para aportar cada una de ellas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes. Se presenta una segregación o desconcentración de las partes de un todo empresarial en la sociedad escindida para proceder a una fusión con ellas (por creación o por absorción). Se produce una división empresarial, con extinción, además de una fusión, es decir, existe una empresa que subsiste y segrega una parte o parte de sí misma, para aportarlas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes, en un proceso análogo a la fusión⁸⁷⁰.

3.1 Concepto y clases

Para comprender la figura analizaremos lo dispuesto en la LSA de España:

Puede haber dos clases de escisión: Escisión total o propia y la escisión parcial o impropia. La primera se escinde y se aporta total patrimonio de la sociedad, que se extingue, mientras que la segunda se segrega parte del patrimonio de la sociedad escindida, que no se extingue.

⁸⁶⁹ Cfr Broseta Pont, *Op. Cit.*, pág. 334

⁸⁷⁰ *Id*

La ley española en el art. 252 lo define de la siguiente manera:

Escisión propia: La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspassa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.

Escisión impropia: La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspassando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.

El art. 253 LSA dispone que la parte que se agrega para ser aportado deberá formar una unidad económica.

La ley establece que el régimen de toda escisión se aplicará a las normas de la fusión. (art. 254 LSA). En nuestro caso particular podemos aplicar el procedimiento señalado en nuestro Código de Comercio para la fusión.

3.2 Presupuestos o requisitos

3.2.1 Requisitos (arts. 252 y 259 LSA de España)

3.2.1.1 La sociedad escindida debe ser anónima mientras que las sociedades beneficiarias de nueva creación o preexistentes, pueden ser anónimas, colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada;

3.2.1.2 Que se segregue y aporte todo o parte del patrimonio de una sociedad anónima a una o varias sociedades, a cambio de entregar las acciones o las cuotas de la sociedad o sociedades beneficiarias a los accionistas de la sociedad que se escinde;

3.2.1.3 Que la transmisión del patrimonio total o parcial de la sociedad escindida se hace en bloque o, como en la fusión, por transmisión universal;

3.2.1.4 Que las acciones de la sociedad escindida deben estar totalmente liberadas;

3.2.1.5 Que del cumplimiento de las obligaciones transmitidas responden solidariamente la sociedad beneficiaria que la asumió y las restantes sociedades beneficiarias e incluso, si subsiste la sociedad escindida.

3.3 Procedimiento de la escisión (arts. 255-257-254 LSA de España)

3.3.1 Proyecto de escisión. Elaborado y suscrito por los administradores de la sociedad implicada, debe contener todo lo exigido para el proyecto de fusión y expresar el activo y pasivo que debe segregarse y aportarse a cada sociedad, así como las acciones y participaciones que, de las sociedades beneficiarias, corresponden a los accionistas de la sociedad escindida.

3.3.2 Informe de expertos independientes y de los administradores

3.3.2 El balance de la escisión. Elaborado y aprobada por cada sociedad

3.3.4 Convocatoria, información y adopción de los respectivos acuerdos de las Juntas Generales de cada sociedad afectadas.

3.3.5 Publicación del acuerdo e inscripción en el Registro Mercantil.

3.4 Tutela de los acreedores y nulidad

Son aplicables las disposiciones sobre la fusión.

Podemos concluir que en caso de Nicaragua, a pesar de no estar regulada, podemos aplicar por analogía el procedimiento de la fusión estipulado en los artículos 263 al 268 del Código de Comercio; con algunas excepciones.

CAPÍTULO XIV

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

1. Concepto

Según Manuel García⁸⁷¹, la sociedad en comandita por acciones es una sociedad mercantil de capital fundacional que existe bajo una razón o una denominación social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.

Francisco Sánchez Calero⁸⁷² lo define como la sociedad cuyo capital está dividido en acciones, que se formará por aportaciones de los socios, uno de los cuales al menos, se encargará de la administración de la sociedad y responderá personalmente por las deudas sociales como socio colectivo, mientras que los socios comanditarios no tendrán esa responsabilidad.

Francisco Vicent Chuliá⁸⁷³, la define como sociedad por acciones, en esencia una sociedad anónima, pero con responsabilidad ilimitada, solidaria entre sí y subsidiaria al patrimonio social de los accionistas administradores, quienes sólo en este aspecto adquieren la condición de socio colectivo. En consecuencia, existe un único capital social, dividido en acciones, integrado por las aportaciones de todos los socios y una Junta General que integra a todos los socios y que en principio tienen las mismas facultades que la sociedad anónima, asumiendo los poderes propio de la iniciativa empresarial.

El concepto que nos ofrece nuestro Código de Comercio en el art. 287 es el siguiente: *"sociedad en comandita por acciones es la que celebran uno o varios socios gestores ilimitada y solidariamente responsables de las obligaciones sociales, con accionistas comanditarios cuya responsabilidad está limitada al importe de sus acciones"*⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Cfr García Rondón, *Op. Cit.*, pág. 475

⁸⁷² Cfr Sánchez Calero. *Op. Cit.*, Pág. 537

⁸⁷³ Cfr Vicent Chuliá, *Op. Cit.*, Pág. 280

⁸⁷⁴ Art. 287 CC

Esta sociedad no es una mera derivación de la sociedad en comandita simple, sino que se trata de una sociedad de capitales cuyo régimen es similar a las sociedades anónimas. Nuestro Código de Comercio reconoce dicha similitud, señalando que las disposiciones relativas a las sociedades anónimas, son aplicables a las en comandita por acciones, salvo las modificaciones especiales consignadas en la sociedad en comandita por acciones, es decir, en lo que resulte incompatible con las sociedades anónimas⁸⁷⁵.

2. Características de las sociedades en comanditas por acciones

2.1 Es una sociedad mercantil.

2.2 Es una sociedad con capital fundacional.

2.3 Existe bajo una razón social o denominación.

2.4 Entre los socios comanditos y comanditarios, existe una responsabilidad desigual.

2.5 El capital social está dividido en acciones.

3. Sociedad mercantil

Es una de las formas sociales reconocidas por el Código de Comercio, por lo tanto, le son aplicables las reglas generales de la teoría general de las sociedades mercantiles⁸⁷⁶.

Es una sociedad mixta, por tener dos tipos de socios, los comanditados (como los socios colectivos) y los comanditarios. En esta sociedad todos los socios son accionistas. Es una sociedad que incorpora elementos de la sociedad en comandita simple y la sociedad anónima⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ Art. 288 CC

⁸⁷⁶ Art. 118 CC

⁸⁷⁷ Cfr De la Cámara Álvarez, *Op. Cit*, pág. 390 y ss

4. Razón o denominación social

La sociedad en comandita por acciones existe bajo una razón social que no podrá contener más que los nombres de los socios gestores (comanditados). Cuando los nombres de todos estos socios no estén comprendidos en la razón social, se terminará por las palabras y compañía u otras equivalentes para expresar éstas⁸⁷⁸. Lo último significa que la razón social puede ser subjetiva (formada por los nombres de los socios gestores) o bien puede ser objetiva con referencia a la actividad económica de su objeto social o de fantasía. Si la sociedad toma una denominación particular, se deberán agregar después de ellas las palabras "*sociedad en comandita por acciones*"⁸⁷⁹.

5. Capital fundacional

Se trata de una sociedad cuyo capital social se le aplica el mismo régimen de la sociedad anónima⁸⁸⁰.

6. Responsabilidad desigual de los socios

El propio artículo 287 CC infiere sobre la responsabilidad desigual de los socios, estableciendo que los comanditados responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales; en cambio, los comanditarios cuya responsabilidad está limitada al importe de sus acciones. Esta desigualdad conocida por la doctrina como sociedad mixta, por un lado es *intuitu personae* y por el otro es *intuitu pecuniae*⁸⁸¹.

7. Capital social dividido en acciones

El capital de las sociedades en comandita por acciones se divide en acciones, cuyas características son idénticas a las acciones de las sociedades anónimas⁸⁸².

⁸⁷⁸ Art. 289 CC

⁸⁷⁹ Art. 290 CC

⁸⁸⁰ Arts. 288-200-206-224-225-226-227-228-229-230-232-234-235-236-237 CC

⁸⁸¹ Cfr De la Cámara Álvarez, *Op. Cit.*, pág. 390 y ss

⁸⁸² Arts. 224 y 288 CC

Las acciones podrán ser nominativas o al portador⁸⁸³, excepto la de los socios gestores o comanditados que nunca podrán ser al portador⁸⁸⁴.

Sobre la forma de transmisión de las acciones, son aplicables los artículos de la sociedad anónima⁸⁸⁵.

8. Derechos y obligaciones de los socios

8.1 Los socios de la comandita por acciones gozan en principio de los mismos derechos y obligaciones que los accionistas en la sociedad anónima.

8.2 El estatus de los comanditados difiere de los comanditarios y de la sociedad anónima, por cuanto, aquella responden subsidiaria, ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales⁸⁸⁶.

8.3 La administración de la sociedad está reservada a los comanditados⁸⁸⁷, los comanditarios no participan directamente en la gestión de los negocios sociales, pero según opinión de Manuel García, los comanditarios pueden actuar como representantes de la sociedad cuando el contrato social los autorice para hacerlo⁸⁸⁸.

9. Prohibiciones

9.1 *Prohibición de inmixción*: Los comanditarios no pueden participar en la gestión social⁸⁸⁹. En caso contrario los socios comanditarios responden solidariamente frente a terceros.

9.2 *Prohibición de concurrencia*: Los comanditos, no puede dedicarse a negocios del mismo género que los de la sociedad, ni formar parte de sociedades que realicen la misma actividad mercantil, excepto que cuente con la autorización especialmente expresada por la Junta General⁸⁹⁰.

⁸⁸³ Art. 224 CC

⁸⁸⁴ Arts. 224-296 CC

⁸⁸⁵ Arts. 230-232-233-234-235-236-238 CC

⁸⁸⁶ Art. 288 CC

⁸⁸⁷ Art. 288 CC cuando se refiere a los socios gestores

⁸⁸⁸ Cfr García, Manuel, *Op. Cit.* Pág. 480

⁸⁸⁹ Artos. 289 CC

⁸⁹⁰ Artos. 289-245 último párrafo CC

10. Órganos de la sociedad en comandita por acciones

Según Manuel García⁸⁹¹, los órganos son:

- Asamblea de Accionistas
- Los administradores
- Los comisarios en nuestro caso se le llama vigilantes

10.1 Asamblea de Accionistas

Según Joaquín Rodríguez⁸⁹², la Asamblea General de la sociedad en comandita por acciones no es el órgano supremo, como sucede en la sociedad anónima, porque los comanditarios no tienen facultades de administradores como en el caso de los comanditados; por lo tanto, no pueden nombrar, ni revocar a los administradores.

Según Manuel García⁸⁹³, la circunstancia anterior, no implica un obstáculo para que los comanditarios puedan participar indirectamente en la administración de la sociedad mediante la limitación de las facultades de los administradores.

Siguiendo el mismo criterio de los temas anteriores, a la sociedad en comandita por acciones le son aplicables las normas de la sociedad anónima, referidas a: convocatoria, *quórumes* de votación, de asistencia y otras.

10.2 Administradores

Recordemos que la gestión de la sociedad en comandita por acciones le corresponde a los socios comanditados, éstos se ocuparán de la administración social como gestores igual que en la sociedad colectiva. En las escrituras de sociedades en comandita por acciones se debe hacer constar el nombre del socio o socios gestores que hayan de administrar los negocios de la sociedad⁸⁹⁴. Los administradores puede ser uno o varios, este último caso deberán actuar como órgano colegiado, es decir, a través de un consejo de administración.

⁸⁹¹ Cfr García, Manuel, *Op. Cit*, Pág. 480

⁸⁹² Cfr Rodríguez, Rodríguez, *Op. Cit*, pág. 408

⁸⁹³ Cfr García, Rendón, *Op. Cit*, Pág. 480

⁸⁹⁴ Art. 291 CC

El gestor o gestores podrán ser destituidos del cargo por acuerdo de los socios en Junta General o Asamblea de Accionistas, en que estén representadas tres cuartas partes del capital social, y con voto favorable de la mitad de ese capital. Los socios destituidos en virtud de este acuerdo, podrán retirarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de su capital en la proporción del último balance aprobado. Si el reembolso que se faculta, significa reducción del capital social, ésta sólo podrá llevarse a efecto en los términos del artículo 262 CC. Si la destitución no estuviere justificada, el gestor o gestores tienen derecho a exigir los daños y perjuicios⁸⁹⁵.

La Junta General podrá sustituir en la forma prescrita anteriormente, al gestor destituido, o al que hubiere fallecido o estuviere sujeto a interdicción; pero en el caso de haber más de un gestor, deberá ser aprobada por los otros gestores⁸⁹⁶.

Para lo demás, le son aplicables a los administradores la misma regla de la revocabilidad, temporalidad, nombramiento provisional, suplencia, reelección, de la sociedad anónima.

10.3 Órgano de Vigilancia

Cada sociedad en comandita por acciones debe tener un Consejo de Vigilancia compuesto, cuando menos, de tres accionistas comanditarios. Este Consejo será nombrado por la Junta General de Accionistas y tendrá la duración que establezcan los estatutos, no pudiendo pasar de dos años. Si en los Estatutos no se establece el tiempo de la duración de dicho Consejo, su renovación se hará anualmente, pero sus miembros pueden ser reelectos⁸⁹⁷.

Los miembros del Consejo de Vigilancia tienen la obligación de comprobar los libros, la caja, la cartera y valores de la sociedad. El Consejo debe presentar cada año a la Junta General un informe en el cual señalará las irregularidades o inexactitudes que haya reconocido en los inventarios y balances y exponer si hubiere lugar, los motivos que se opongan a la distribución de los dividendos propuestos por el

⁸⁹⁵ Art. 297 CC

⁸⁹⁶ Art. 298 CC

⁸⁹⁷ Art. 292 CC

socio o socios gestores⁸⁹⁸. Por lo menos un mes antes de la celebración de las Juntas Generales, estarán a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad, el balance, inventario e informes del Consejo de Vigilancia⁸⁹⁹.

La responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia, se limita a la que puede exigirse por la ejecución de un mando, conforme a las reglas del derecho común⁹⁰⁰.

También le son aplicables al Consejo de Vigilancia, las reglas de la Sociedad Anónima.

11. Constitución, disolución y liquidación de la sociedad en comandita por acciones

11.1 Constitución

De acuerdo al artículo 124 del Código de Comercio, la constitución de la sociedad en comandita por acciones está sujeta a los mismos requisitos y formalidades de la sociedad anónima. La omisión de algunos de los requisitos prescritos, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a pedimento de cualquiera de los socios⁹⁰¹.

La falta de la escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que ha contratado con la sociedad⁹⁰².

También puede constituirse por suscripción pública, figurando como fundadores los socios comanditados⁹⁰³.

11.2 Disolución

Son aplicables las mismas causas de disolución de la sociedad anónima, pero además se disuelve por muerte, incapacidad o

⁸⁹⁸ Art. 293 CC

⁸⁹⁹ Art. 294 CC

⁹⁰⁰ Art. 295 CC

⁹⁰¹ Art. 124 CC

⁹⁰² Art. 125 CC

⁹⁰³ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit*, Pág. 405

impedimento del socio o socios gestores que prive a la sociedad de sus servicios. El Consejo de Vigilancia, salvo parte en contrario, puede designar en estos casos un administrador que desempeñe los casos urgentes o de mera administración hasta la reunión de la Junta General, la cual será convocada, a lo sumo al mes del nombramiento del administrador⁹⁰⁴.

Puede pactarse en el caso de muerte de los socios comanditados la cláusula de continuidad con los herederos⁹⁰⁵.

11.3 Liquidación

Son aplicables las mismas reglas de la sociedad anónima⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Art. 299 CC

⁹⁰⁵ Art. 3285 C

⁹⁰⁶ Arts. 269 al 286 CC

CUARTA PARTE

ASOCIACIONES COMERCIALES

CAPÍTULO XV

ASOCIACIONES MOMENTÁNEAS Y EN PARTICIPACIÓN

1. Asociación momentánea

1.1 Concepto

La asociación momentánea, es la que tienen por objeto ejecutar, sin razón social, una o varias operaciones determinadas de comercio. Los asociados están obligados solidariamente para los terceros con quienes contratan⁹⁰⁷.

1.2 Características

1.2.1 Las asociaciones momentáneas son diferentes a la sociedad anónima, colectiva y en comandita, debido a la responsabilidad solidaria de los asociados que tienen un carácter *intuitu pernae* no de capitales⁹⁰⁸.

1.2.2 Todos los asociados toman parte de una u otra manera en una o varias operaciones determinadas de comercio⁹⁰⁹.

1.2.3 Estas asociaciones son reconocidas por la ley, pero sin atribuirles personalidad jurídica⁹¹⁰.

1.2.4 A las asociaciones momentáneas, son aplicables las reglas de la sociedad de hecho⁹¹¹.

1.2.5 Las asociaciones momentáneas, se regirán por la ley, salvo lo dispuesto entre las partes⁹¹².

1.2.6 Estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación, modificación, disolución y liquidación de las otras

⁹⁰⁷ Art. 329-330 CC

⁹⁰⁸ Art. 330 segundo párrafo CC

⁹⁰⁹ Art. 330 primer párrafo CC

⁹¹⁰ Art. 120 CC, 78-3185 C

⁹¹¹ Arts. 336-125-126-127-129 CC

⁹¹² Art. 332 CC

sociedades; y se pueden probar por todos los medios de prueba admitida para los contratos⁹¹³.

1.2.7 El contrato deberá de formalizarse en escritura pública y la duración de la asociación es determinada⁹¹⁴.

1.2.8 La escritura no se inscribe en el Registro Mercantil, sino en uno de carácter administrativo que lleva la instancia correspondiente por la trascendencia a efectos fiscales⁹¹⁵.

1.2.9 La escritura deberá prever la asociación momentánea con determinadas menciones, tales como: a) nombramiento del gerente, con poder de representación de la asociación, lo que trasluce una cierta personificación jurídica de la unión, la cual habrá de operar bajo una denominación en la que figurará el nombre de una o de todas las empresas agrupadas, seguida de la expresión "*Unión temporal de empresas*"⁹¹⁶.

2. Asociación en participación

Los antecedentes de este tipo de asociación se encuentran en la *participatio* o *compagnia segreta* del Derecho Medieval Italiano, en la cual el socio capitalista permanecía oculto y por consiguiente no contrae obligación frente a terceros. Esta forma de asociación es conocida con el nombre de contrato de cuenta en participación⁹¹⁷.

Nuestro Código de Comercio regula este tipo de contrato en los artículos de 329, 331, 332, 333, en virtud de la poca regulación de este contrato, debemos acudir a la analogía para completar las lagunas legales que se presenten en el régimen jurídico, especialmente a las normas reguladoras de las sociedades personalistas.

2.1 Concepto

Según Manuel García, es un contrato por cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las

⁹¹³ Arts. 111-333 CC

⁹¹⁴ Cfr Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 626

⁹¹⁵ *Ibid*, Pág. 626

⁹¹⁶ *Ibid*, Pág. 626

⁹¹⁷ Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Porrúa. 1981. pág. 444

utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones determinadas de comercio⁹¹⁸.

Nuestro Código de Comercio lo define en el art. 331 *"las asociaciones en participación llamada también cuenta en participación, es aquellas por la cual se interesan una o más personas en operaciones mercantiles que ejecutan en su propio nombre una o varias, en beneficio de todas. Siempre que se constituyere una sola entidad jurídica. Los partícipes, si el que contrata constituye una sola entidad jurídica, no tienen responsabilidad alguna en relación con el tercero"*⁹¹⁹.

La legislación mexicana en la Ley General de Sociedades Mercantiles, define a la Asociación en Participación *"como un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio"*⁹²⁰.

La legislación española en su artículo 239 del C de c. dispone que *"podrán los comerciantes interesarse los unos, en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen"*. Se trata de un contrato de colaboración por el que una de las partes aporta recursos a otro que gestiona una empresa, siendo compartidos los resultados económicos de ésta en los términos pactados⁹²¹. Asimismo los arts. 240, 241 de la misma ley, disponen que las cuentas en participación no están sujetas en su formación a ninguna solemnidad, prohíbe adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual.

⁹¹⁸ Cfr García Rendón, *Op. Cit.*, pág. 605

⁹¹⁹ Art. 331 CC

⁹²⁰ Art. 252 LGSM PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 4 DE AGOSTO DE 1934

⁹²¹ Cfr Madrid Parra, Agustín, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 489

2.2 Características

Las características que tipifican esta institución son los siguientes:

2.2.1 Es un contrato distinto de la sociedad porque se trata en realidad de un contrato de intercambio y no un contrato de organización, como el de sociedad;

2.2.2 Es mercantil, porque se celebra entre comerciantes; aunque pueden presentarse casos de sujetos no comerciantes celebrando un contrato de similar naturaleza. Pueden ser partes de él, las personas naturales y jurídicas capaces de obligarse y celebrar contratos, aplicándose las reglas generales al respecto. Es común que se celebre entre empresas o entre personas naturales no comerciantes y un empresario;

2.2.3 Crea entre las partes derechos y obligaciones;

2.2.4 Frente a terceros contrata el gestor a su solo nombre y se obliga exclusivamente. El gestor puede ser una persona natural o jurídica;

2.2.5 Es un contrato no solemne; no está sujeto a las solemnidades establecidas por la ley, para constitución de las sociedades mercantiles.

2.3 Naturaleza jurídica

Este contrato es un instrumento de colaboración mercantil. Es un contrato bilateral, *intuitu personae*, en el que una de las partes llamada *asociado*, aporta a otra, llamada *asociante*, bienes o servicios destinados a la explotación de una empresa o a la ejecución de una o varias operaciones de comercio, a cambio de una participación en las utilidades o en las pérdidas. Al analizar las características de esta institución en el punto anterior afirma Gilberto Villegas, que se trata de un "contrato mercantil de intercambio"⁹²².

Este tipo de asociación reúne los mismos requisitos de existencia de las otras sociedades mercantiles, tales como: consentimiento,

⁹²² Cfr Villegas, Carlos, *Op. Cit*, Pág. 478

aportaciones y objeto social, pero difiere de las sociedades mercantiles en los siguientes aspectos⁹²³:

2.3.1 Carecen de personalidad jurídica y de razón social. Aquí no surge un nuevo ente. Este instituto jurídico presenta en su cara interna la actuación de una o más personas que se asocian a un empresario y cuyas relaciones se rigen por el contrato.

2.3.2 El contrato social puede no constar en escritura pública y no está sujeto a los requisitos de inscripción en el Registro Mercantil. Las partes pueden pactar libremente los términos de su colaboración, que no trascenderá a terceros. El contrato puede celebrarse privadamente de palabras o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera los medios reconocidos en derecho, con forme a lo dispuesto en el artículo 111 CC. Este es un contrato consensual que se basa fundamentalmente en la confianza.

2.3.3 Puede ser permanente, para explotar una negociación mercantil o temporal, para realizar una o varias operaciones de comercio.

2.3.4 Uno o varios socios, los asociados, permanecen ocultos y uno solo de ellos, el asociante, responde personalmente frente a terceros con los bienes de la asociación y con todo su patrimonio. El asociado también conocido como participe no tiene intervención alguna en la actividad u operaciones que lleve a cabo el empresario gestor-asociante-. Sólo el empresario gestor actúa y asume obligaciones y responsabilidades a su propio nombre.

El mecanismo de las cuentas en participación se instrumenta como un medio de colaboración económica, mucho más ágil que la constitución de cualquier sociedad anónima, cuya estructura es más rígida⁹²⁴.

La legislación Mexicana, en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el artículo 259 estatuye que a falta de estipulaciones especiales, éstas funcionan, se disuelve y liquidan por las reglas establecidas en las sociedades colectivas, en cuanto no exista ninguna contradicción.

⁹²³ Cfr García Rendón, *Op. Cit.* 606

⁹²⁴ Cfr Madrid Parra de Madrid de Jiménez Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 489

Nuestra legislación, no estatuye este mismo precepto, pero de acuerdo a la doctrina y según sentencia de la Corte Suprema de Justicia BJ 12361 y art. 336 CC la cual establece "*Las sociedades de hecho que tratan los artículos del 125 al 129 tiene casi las mismas características que las asociaciones momentáneas y en participación de tal manera que para algunos efectos la ley las somete al mismo sistema como se ven en artículo 336 CC*".

2.4 Partes. Aportaciones. Objeto social

2.4.1 Las partes

Las partes, son el asociante y el asociado, pueden ser personas físicas o morales. Los socios en este caso tienen responsabilidades tanto en lo interno como frente a terceros⁹²⁵.

2.4.1.1 Asociante-gestor-

- Es la parte que recibe la aportación de bienes o servicios que realizan los asociados-partícipes-. Éste también realiza aportaciones, como podría ser su industria al servicio de la asociación. Puede ser un socio capitalista o industrial⁹²⁶;
- El asociante actúa en nombre propio y no en nombre de la asociación o el de los asociados, lo que significa que frente a terceros actúa como dueño y único responsable de los negocios que realiza y frente a los asociados como una especie de comisionista o mandatario mercantil no representantito. Se trata de un contrato de base fiduciaria en la que el gestor-asociante-debe procurar no defraudar la confianza y expectativas puestas en su buen hacer. Es precisamente por lo anterior que el asociante tiene acción y obligación directamente con las personas con quienes contrata, por lo tanto responde tanto de las deudas sociales tanto del fondo de ésta, como el de la totalidad de sus bienes. El gestor responde frente al partícipe por culpa o por dolo⁹²⁷;

⁹²⁵ Cfr Villegas, Carlos, *Op. Cit*, Pág. 479

⁹²⁶ *Id*

⁹²⁷ Vasquez del Mercado, Oscar. *Contratos mercantiles*. Porrúa. P. 367

- El asociante tiene facultades limitadas en el contrato social, en lo no previsto deberá de consultar a los asociados y si no es posible deberá actuar con prudencia y diligencia, cuidando el negocio como propio⁹²⁸;
- El asociante no puede delegar sus funciones de gestión sin el consentimiento de los socios, aunque podría otorgar poderes para ciertos actos y determinados negocios sociales a terceros y a los mismos asociados. En este supuesto no existe prohibición de *inmixción*, por no ser aplicable las disposiciones de la comandita. En todo caso los apoderados deberán actuar en nombre y por cuenta del asociante⁹²⁹;
- El asociante está obligado a rendir cuenta a los asociados y distribuirles periódicamente los beneficios obtenidos y en caso de liquidación a reembolsarle su participación en el haber social⁹³⁰;
- El asociante que actúa como gestor de la asociación, podrá percibir periódicamente, una remuneración por sus servicios, siempre y cuando así lo acuerden la mayoría de los asociados.

2.4.1.2 Asociados⁹³¹

- Pueden ser socios capitalistas o industriales o solamente industriales. Su participación se limita a efectuar una aportación económica, en dinero o de otra naturaleza, sin participar ni aparecer como inmiscuido en las actividades empresariales del asociante-gestor;
- No contraen obligaciones directas con los acreedores del asociante⁹³²;
- No hay relación jurídica entre los terceros y los asociados;

⁹²⁸ Mantilla Molina, Roberto. L. *Derecho Mercantil*. Porrúa. 1961. p. 192

⁹²⁹ Cfr García Rendón, *Op. Cit*, Pág. 608

⁹³⁰ *Ibid*, pág. 608

⁹³¹ Cfr Villegas, Carlos, *Op. Cit*, pág. 479 y ss y Madrid Parra, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit*, pág. 490 y ss

⁹³² Art. 331 segundo párrafo CC

- No tiene responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales;
- Los acreedores pueden ejercitar en contra de los asociados la acción de enriquecimiento ilícito, cuando sea procedente;
- Están obligados a realizar las aportaciones prometidas y el asociante puede exigir las;
- La ocultación del asociado-partícipe- puede llevar no sólo a beneficiarse de ventajas fiscales, sino incluso a propiciar que en el ámbito del sector financiero la autoridad responsable en materia económica adopte medidas para controlar la transparencia de las operaciones financieras, la seguridad del sistema financiero y el cumplimiento de las obligaciones fiscales;
- El partícipe-asociado- no puede inmiscuirse en la actividad empresarial del gestor. Por lo tanto, al igual que el socio comanditario, el partícipe no puede hacer acto alguno de administración en relación con las operaciones de la actividad del gestor. Igual que el comanditario el partícipe tendrá derecho de información sobre la del gestor;
- La primera obligación que el partícipe tiene es la de entregar al gestor la aportación pactada. Si el partícipe no cumple esta obligación, el gestor tiene acción para exigir su cumplimiento.

2.4.2 Aportaciones⁹³³

- Las aportaciones constituyen el objeto del contrato y constituye un requisito esencial para su creación. El objeto del contrato es la colaboración económica articulada sobre la base de una aportación de recursos por parte del partícipe-asociado- y de la actuación empresarial del gestor que lleva a cabo las operaciones a la que va destinada la aportación del partícipe;
- Se debe determinar a quienes le pertenecen los bienes aportados, porque recordemos que en esta asociación no cuenta con personalidad jurídica. No se crea un patrimonio común entre el gestor y el partícipe. No surge un ente asociativo con personalidad jurídica propia;

⁹³³

Id

- La aportación del partícipe se integra en el patrimonio del gestor-asociante;
- Las aportaciones se pueden hacer con carácter permanente para que el gestor desarrolle durante tiempo indefinido o determinado las operaciones propias de su actividad empresarial o alguna de ellas.

2.4.3 Objeto social

Son las operaciones concretas de comercio que debe realizar el asociante en la asociación en participación temporal; y en las permanentes, por las operaciones propias de la negociación mercantil que debe explotar a nombre del asociante⁹³⁴.

2.5 Requisitos de validez del contrato de asociación en participación

Según Manuel García, la asociación en participación para que sea válida se requiere⁹³⁵:

2.5.1 Que se otorgue por escrito⁹³⁶.

2.5.2 Que no sea contrario a las leyes, al orden público y a las costumbres. El contrato tiene su base en el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación⁹³⁷. Son las partes las que deben establecer en gran medida las reglas o condiciones bajo las que se regirán sus relaciones.

2.5.3 Que sea otorgado por personas capaces para contratar.

2.5.4 Que haya ausencia de vicios de consentimiento.

2.5.5 Que el objeto social sea lícito.

⁹³⁴ Cfr. García Rendón, *Op. Cit.*, Pág. 610 y ss

⁹³⁵ *Id*

⁹³⁶ Art. 121 CC, 3182 C

⁹³⁷ Art. 332 CC

2.5.6 Es nula la sociedad en que se estipule provechos exclusivamente para alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.

2.5.7 La distribución de pérdidas y ganancias entre los socios capitalistas se hará en proporción a sus aportaciones.

2.5.8 Determinar de manera expresa, las reglas de las ganancias y pérdidas a los socios industriales.

2.5.9 Las pérdidas que corresponden a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación. Si hubiere pérdidas, el partícipe las soportará en la proporción que se hubiese pactado en el contrato.

2.6 Extinción del contrato de participación

Según Guillermo Jiménez, las causas de extinción son las siguientes⁹³⁸:

2.6.1 Mutuo disenso, es decir, el acuerdo de las partes por el que deciden la extinción del contrato.

2.6.2 La denuncia unilateral, cuando el contrato no tuviese fijado un plazo determinado de duración, bien porque nada se dijese en relación con la duración o porque se hubiese pactado que el contrato fuera por tiempo indefinido.

2.6.3 La denuncia unilateral con justa causa, si el contrato se estipuló por tiempo determinado. La conclusión del tiempo de duración del contrato que se fijó en éste.

2.6.4 La imposibilidad de concluir tales operaciones objeto del contrato.

2.6.5 La incapacidad, quiebra o muerte del gestor.

⁹³⁸ Cfr Madrid Parra, Agustín de Jiménez, Guillermo, *Op. Cit.* Pág. 494

2.6.6 La extinción del contrato implicará la liquidación definitiva en los términos pactados debiendo el gestor presentar la oportuna rendición de cuentas finales. El partícipe tendrá parte en los resultados prósperos o adversos, en la proporción prevista y de no haber pérdidas, se le devolverá su aportación en las condiciones que se hubiesen pactado.

QUINTA PARTE

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO XVI

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

1. Disolución

La disolución es el comienzo del fin de la sociedad, es el momento en que se abre el proceso extintivo de la organización y de las relaciones obligatorias puestas en pie en el contrato de sociedad. La disolución y la extinción son fenómenos sucesivos⁹³⁹.

La disolución de la sociedad no implica automáticamente su extinción, sino que para llegar a ésta, ha de pasar normalmente por el procedimiento de liquidación. La disolución no es más que un presupuesto de la extinción, pero por sí, no pone fin a la sociedad, que continúa subsistiendo como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Con la disolución se abre en la vida de la sociedad un nuevo período -*el llamado período de liquidación*- en el que la anterior actividad social lucrativa va dirigida a la obtención de ganancias que se transforma en una mera actividad liquidadora dirigida al cobro de los créditos, al pago de las deudas, a la fijación del haber social remanente y a la división de éste, en su caso entre socios. Dentro del proceso extintivo de la sociedad debemos distinguir tres momentos principales: disolución⁹⁴⁰, liquidación⁹⁴¹, extinción⁹⁴². La disolución no provoca pérdida de la personalidad jurídica, la única alteración que se produce es en su objeto, experimentando éste una metamorfosis; es decir, que el objeto social deja de ser un fin de explotación para convertirse en un fin de liquidación. Las relaciones jurídicas con los terceros, no sufren modificaciones, es decir, no se produce el vencimiento anticipado de los contratos. En cuanto a la organización social y las relaciones internas partimos del mismo principio anterior; es decir, continúan vigente las normas legales y

⁹³⁹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 675; Beltrán, Emilio, *La Disolución de la Sociedad Anónima*, Editorial civitas. Madrid, 1991, pág. 21

⁹⁴⁰ Disolución: Consiste en la concurrencia de causas que determina la apertura de la liquidación.

⁹⁴¹ Liquidación: Es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivos de la sociedad.

⁹⁴² Extinción: En sentido estricto se produce al cierre de la liquidación, con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios.

contractuales que gobiernan a la sociedad, excepto al cambio de objeto antes indicado⁹⁴³.

1.1 Causas legales de disolución

1.1.1 Sociedades personalistas

El Código de Comercio, establece que las causas de disolución de la sociedad colectiva y comanditaria simple, serán según los modos que determina el Código Civil⁹⁴⁴:

1.1.1.1 Cuando ha concluido el tiempo por el que fue contraída. La sociedad dura por el tiempo convenido⁹⁴⁵; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que le ha servido exclusivamente de objeto si tal negocio tiene por su naturaleza una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 3288 C. Una vez transcurrido el plazo la sociedad queda disuelta automáticamente sin necesidad de acto o declaración alguna y su disolución se hace oponible a terceros, aún cuando no se haya inscrito en el Registro Mercantil. La sociedad puede prorrogarse expresa o tácitamente antes de que venza el término. La doctrina no reconoce la prórroga una vez transcurrido el plazo⁹⁴⁶. *S. 10 a.m. del 27 de octubre de 1942. B. J. 11778. Cons. II. Si en la escritura de constitución se dijo que la duración de la sociedad quedaría prorrogada por cierto plazo si antes del vencimiento de la duración original un socio no notifica su voluntad en contrario, esa prórroga no requiere una nueva escritura pública. Art.122 C. C.*

1.1.1.2 Cuando se pierde la cosa o se consume el negocio que le sirve de objeto⁹⁴⁷. Este caso se refiere a la pérdida de la causa por la cual se constituyó la sociedad colectiva, por lo que se ve imposibilitada de continuar el giro del negocio.

⁹⁴³ Cfr Beltrán, Emilio, *Op. Cit.*, pág. 22; Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, Pág. 676

⁹⁴⁴ Artos. 173-200 CC; 3285 C

⁹⁴⁵ Art. 3227 C

⁹⁴⁶ Cfr Beltrán, Emilio, *Op. Cit.*, pág. 81; Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 679

⁹⁴⁷ Art. 3227 C

1.1.1.3 En el caso de quiebra de la sociedad⁹⁴⁸, que se inscribirá en virtud del correspondiente auto judicial. La disolución de la sociedad por esta razón, no significa que se abra el proceso de liquidación societario de la sociedad. La liquidación societaria queda desplazada por la liquidación concursal, al menos en todo aquello relacionado con la liquidación del pasivo. Aunque también la tramitación de la quiebra puede establecerse a través de un convenio con los acreedores. Si el contenido del convenio es liquidatorio se aplicará la regla anterior, el problema está cuando el contenido del convenio es reorganizativo, y por lo tanto, se prevé la subsistencia de la empresa.

1.1.1.4 Por muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios. Las consecuencias perjudiciales que para la continuidad de la empresa tiene la muerte de un socio, se ha evitado tradicionalmente con dos pactos⁹⁴⁹.

1.1.1.4.1 Pacto de subsistencia de la sociedad: Significa la exclusión de los herederos del fallecido de la sociedad que subsiste. Es pues, necesario indemnizar a los herederos, calculando en dinero la parte que hubiere correspondido al socio fallecido, si la sociedad se hubiere disuelto el día de su muerte⁹⁵⁰. En este caso la sociedad continúa con sólo los socios existentes.

1.1.1.4.2 Pacto de continuación con los herederos: Es posible pactar para evitar la disolución, la continuación con sus herederos. Éstos se consideran socios a partir de la muerte de su causante. A menos que el heredero repudie la herencia⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ Art. 1062 CC y ss

⁹⁴⁹ Cfr Beltrán, Emilio, *Op. Cit.*, pág. 39; Madrid Parra, Agustín, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, Pág. 552

⁹⁵⁰ Art. 2388 C

⁹⁵¹ Art. 3288-3289 C

1.1.1.5 Por renuncia de alguno de los socios⁹⁵², notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea. La renuncia se considera de mala fe cuando el socio que la hace se propone aprovecharse exclusivamente de los beneficios que los socios deberían recibir en común con arreglo al convenio. Se dice extemporánea la renuncia, si las cosas no se hallan en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución en ese momento. La disolución de la sociedad por la renuncia de alguno de los socios, solamente tendrá lugar en las sociedades de duración ilimitada⁹⁵³. La sociedad por tiempo determinado no puede disolverse por renuncia de alguno de los socios, sino ocurriendo causa legítima. Es causa legítima la que resulta de incapacidad de alguno de los socios para los negocios de la sociedad o de falta de cumplimiento de sus obligaciones u otra semejante de que pueda resultar perjuicio irreparable a la sociedad⁹⁵⁴.

1.1.1.6 Por la separación del socio administrador, cuando éste haya sido nombrado en el contrato de sociedad⁹⁵⁵.

1.1.1.7 En principio los acreedores de la sociedad serán preferidos a los acreedores particulares de cada uno de los socios en los bienes del fondo social: La ley dispone que los acreedores particulares podrán pedir la separación de los bienes en la forma señalada en el Código de Procedimiento Civil, y la ejecución y embargo en la parte social del deudor⁹⁵⁶. En este último caso, será causa de disolución y será responsable el socio ejecutado de los daños y perjuicios que a los otros se sigan, verificándose la disolución extemporánea⁹⁵⁷.

⁹⁵² Según BJ p. 6429, la ley no exige que la renuncia sea aceptada por los demás socios; la disolución no necesita del mutuo disenso, porque es facultad de los socios separarse, por que la confianza y armonía es la base; pero es indispensable que el contrato no fije términos, pues sólo en ese caso priva la voluntad de los socios. Tres requisitos exige la ley para la eficacia de la renuncia: 1) Nulidad relativa, que sólo puede ser alegada por la parte a quien aprovecha; los interesados en alegar que la renuncia no produce sus efectos jurídicos de disolver el contrato social, por ser nula, por las razones dichas, deben demandar que la sociedad continúe, demandado en juicio ordinario; no deben oponerse simplemente, sino formular acción; mientras esa demanda no exista, es forzoso admitir que la renuncia debe continuar produciendo sus efectos de disolver la compañía. (Aníbal Solórzano, 1974, pág. 128)

⁹⁵³ Arts. 3227-3252-3286-3287-3290-3345 C.; 173 C.C.

⁹⁵⁴ Art. 3291-1885-3252-3284 C

⁹⁵⁵ Arts. 3245-3246-3250-3252-3283 C.; B.J. págs. 3432 Cons. IV-6423 Cons. II.

⁹⁵⁶ Art. 3283 C

⁹⁵⁷ Art. 3283-3285.3 C

1.1.1.8 Por voluntad de los socios. La sociedad al igual que otra relación obligatoria, puede acabarse por mutuo disenso o desistimiento, que es el convenio enderezado a dejar sin efecto una relación preexistente. Para que esta causa proceda es preciso el consentimiento de todos los socios, a no ser que el contrato haya acogido la cláusula mayoritaria para las modificaciones estatutarias y estructurales.

1.1.1.9 Otra causa consiste en la fusión y la escisión de la sociedad colectiva en caso de que conlleve su extinción total. Hay disolución, aunque la doctrina expone que no hay liquidación. En el caso de la transformación no se produce la disolución.

1.1.1.10 El Código de Comercio en el Art. 163 establece otra causa de disolución, cuando se refiere a la actuación fraudulenta del socio nombrado por cláusula especial, los demás podrán solicitar la disolución de la sociedad⁹⁵⁸.

1.1.1.11 Nulidad de la sociedad. Son aplicables las disposiciones sobre la sociedad de hecho.

1.1.2 Sociedades capitalistas

Son causas de disolución⁹⁵⁹:

1.1.2.1 Transcurrido el término por el que hayan sido constituidas, no mediando prórroga. Transcurrido el término marcado en el contrato para la duración de la sociedad, y no mediando ningún otro motivo de disolución, podrá prorrogarse este plazo, si los socios convinieren en ello por unanimidad, o si los que se retiran no representan más de un tercio del capital social y los socios restantes les liquidasen su parte en los términos legales⁹⁶⁰. La prórroga se publicará debidamente;

⁹⁵⁸ Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Granada, no revocada por la suprema en el BJ p. 8836, se resolvió que el artículo 163 del Código de Comercio, confiere a la mayoría de los socios el derecho de pedir una de dos cosas, o el nombramiento de un co-administrador o la solución de la sociedad; que en los casos que no estén previstos por el Código de Comercio; se aplica el Código Civil; que el Código de Comercio, no estatuye cuáles son las medidas precautorias que los demandantes de la disolución de una sociedad tienen derecho de pedir, por lo cual han de aplicarse las disposiciones del Código Civil pertinentes al caso y a ese efecto procede la remoción del administrador, pues como dice Machado, la remoción temporal es una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del juez, quien podrá acordarlo en casos graves y urgentes, aún sin prueba, pero procurando ser parco en el uso de esa facultad. (Solórzano, pág. 122)

⁹⁵⁹ Art. 269 CC

⁹⁶⁰ Arts. 262, 268 CC. 3285 No. 1o. C

1.1.1.8 Por voluntad de los socios. La sociedad al igual que otra relación obligatoria, puede acabarse por mutuo disenso o desistimiento, que es el convenio enderezado a dejar sin efecto una relación preexistente. Para que esta causa proceda es preciso el consentimiento de todos los socios, a no ser que el contrato haya acogido la cláusula mayoritaria para las modificaciones estatutarias y estructurales.

1.1.1.9 Otra causa consiste en la fusión y la escisión de la sociedad colectiva en caso de que conlleve su extinción total. Hay disolución, aunque la doctrina expone que no hay liquidación. En el caso de la transformación no se produce la disolución.

1.1.1.10 El Código de Comercio en el Art. 163 establece otra causa de disolución, cuando se refiere a la actuación fraudulenta del socio nombrado por cláusula especial, los demás podrán solicitar la disolución de la sociedad⁹⁵⁸.

1.1.1.11 Nulidad de la sociedad. Son aplicables las disposiciones sobre la sociedad de hecho.

1.1.2 Sociedades capitalistas

Son causas de disolución⁹⁵⁹:

1.1.2.1 Transcurrido el término por el que hayan sido constituidas, no mediando prórroga. Transcurrido el término marcado en el contrato para la duración de la sociedad, y no mediando ningún otro motivo de disolución, podrá prorrogarse este plazo, si los socios convinieren en ello por unanimidad, o si los que se retiran no representan más de un tercio del capital social y los socios restantes les liquidasen su parte en los términos legales⁹⁶⁰. La prórroga se publicará debidamente;

⁹⁵⁸ Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Granada, no revocada por la suprema en el BJ p. 8836, se resolvió que el artículo 163 del Código de Comercio, confiere a la mayoría de los socios el derecho de pedir una de dos cosas, o el nombramiento de un co-administrador o la solución de la sociedad; que en los casos que no estén previstos por el Código de Comercio; se aplica el Código Civil; que el Código de Comercio, no estatuye cuáles son las medidas precautorias que los demandantes de la disolución de una sociedad tienen derecho de pedir, por lo cual han de aplicarse las disposiciones del Código Civil pertinentes al caso y a ese efecto procede la remoción del administrador, pues como dice Machado, la remoción temporal es una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del juez, quien podrá acordarlo en casos graves y urgentes, aún sin prueba, pero procurando ser parco en el uso de esa facultad. (Solórzano, pág. 122)

⁹⁵⁹ Art. 269 CC

⁹⁶⁰ Arts. 262, 268 CC. 3285 No. 1o. C

1.1.2.2 Por la extinción o cesación de su objeto⁹⁶¹;

1.1.2.3 Por haberse realizado el fin propuesto, o no ser posible realizarlo;

1.1.2.4 Por quiebra de la sociedad⁹⁶²;

1.1.2.5 Por la disminución del capital en más de dos terceras partes, si los socios no efectúan nuevas aportaciones que mantengan, por lo menos, en un tercio el capital social;

1.1.2.6 Por acuerdo de los socios⁹⁶³;

1.1.2.7 Por la fusión con otras sociedades, cuando conforme el contrato de fusión no subsista una de ellas⁹⁶⁴.

1.1.2.8 Las sociedades anónimas se disolverán cuando por más de seis meses hubieren existido con un número de accionistas inferior a tres, si cualquiera de los socios exige su disolución⁹⁶⁵;

1.1.2.9 Los acreedores de una sociedad anónima podrán exigir su disolución, probando que posteriormente a la época de sus contratos, la mitad del capital social se ha perdido; pero la sociedad podrá oponerse a la disolución siempre que preste las garantías necesarias para el pago a sus acreedores⁹⁶⁶;

1.1.2.10 Cualquier otra causa establecida en el contrato social o estatutos.

1.2 Requisitos y formalidades de la disolución

*Conocimiento de la disolución*⁹⁶⁷

El acuerdo social o en su caso la resolución judicial, se da a conocer

⁹⁶¹ Art. 3285 No. 2 C

⁹⁶² Arts. 1125, 1064, 1071 CC

⁹⁶³ Art. 262.1 CC

⁹⁶⁴ Art. 3285 C

⁹⁶⁵ Art. 270 CC

⁹⁶⁶ Art. 271 CC

⁹⁶⁷ Cfr Beltrán, Emilio, *Op. Cit.*, pág. 45; Madrid Parra, Agustín, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 553

1.1.2.2 Por la extinción o cesación de su objeto⁹⁶¹;

1.1.2.3 Por haberse realizado el fin propuesto, o no ser posible realizarlo;

1.1.2.4 Por quiebra de la sociedad⁹⁶²;

1.1.2.5 Por la disminución del capital en más de dos terceras partes, si los socios no efectúan nuevas aportaciones que mantengan, por lo menos, en un tercio el capital social;

1.1.2.6 Por acuerdo de los socios⁹⁶³;

1.1.2.7 Por la fusión con otras sociedades, cuando conforme el contrato de fusión no subsista una de ellas⁹⁶⁴.

1.1.2.8 Las sociedades anónimas se disolverán cuando por más de seis meses hubieren existido con un número de accionistas inferior a tres, si cualquiera de los socios exige su disolución⁹⁶⁵;

1.1.2.9 Los acreedores de una sociedad anónima podrán exigir su disolución, probando que posteriormente a la época de sus contratos, la mitad del capital social se ha perdido; pero la sociedad podrá oponerse a la disolución siempre que preste las garantías necesarias para el pago a sus acreedores⁹⁶⁶;

1.1.2.10 Cualquier otra causa establecida en el contrato social o estatutos.

1.2 Requisitos y formalidades de la disolución

*Conocimiento de la disolución*⁹⁶⁷

El acuerdo social o en su caso la resolución judicial, se da a conocer

⁹⁶¹ Art. 3285 No. 2 C

⁹⁶² Arts. 1125, 1064, 1071 CC

⁹⁶³ Art. 262.1 CC

⁹⁶⁴ Art. 3285 C

⁹⁶⁵ Art. 270 CC

⁹⁶⁶ Art. 271 CC

⁹⁶⁷ Cfr. Beltrán, Emilio, *Op. Cit.*, pág. 45; Madrid Parra, Agustín, en Jiménez Sánchez, *Op. Cit.*, pág. 553

a través de la inscripción en el Registro Público, aunque nuestra ley no lo exige, pero es recomendable mandar a publicar en el Diario Oficial y por medio de circulares o avisos en los periódicos en donde se anuncia la situación de la sociedad.

Disuelta la sociedad, se procederá a la liquidación por la persona que al efecto haya sido nombrada en la escritura social, o en la de disolución⁹⁶⁸.

2. Liquidación

2.1 Concepto

Cuando se presenta una de las causas de disolución, entonces, cualquiera de estas causas provoca la apertura de la liquidación de la sociedad. Durante esta fase la sociedad no pierde su personalidad jurídica, únicamente muda su objeto para adaptarlo al fin liquidatorio. Desde el punto de vista interno limita los poderes de los administradores y debilita el deber de fidelidad, hace desaparecer el deber de la no competencia, restringe aunque no elimina las posibilidades de exclusión y separación, modula la exigibilidad de las aportaciones pendientes en función de las necesidades de la liquidación; etc⁹⁶⁹.

La liquidación, es el conjunto de actos jurídicos encausados a concluir los vínculos establecidos por la sociedad con terceros y con los socios y por éstos entre sí. Dichos actos son denominados operaciones de liquidación. Según Joaquín Rodríguez la liquidación se desarrolla en dos etapas: la que comprende las operaciones de liquidación propiamente dichas (cobro de créditos y pago de deudas sociales) y la que tiene por objeto la división y distribución del haber social entre los accionistas⁹⁷⁰.

Mientras dure la liquidación, la personalidad jurídica persiste, debiéndose agregar a su denominación las palabras "en liquidación"⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Art. 174 CC

⁹⁶⁹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 691

⁹⁷⁰ Cfr Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, pág. 482; Sánchez Calero, *Op. Cit.*, Pág. 590

⁹⁷¹ Art. 286 CC

2.2 Fases del procedimiento de liquidación⁹⁷²

Primera fase: Consiste en la fase preparatoria o de transición que se abre automáticamente con la disolución. En esta fase se transfiere la función gestora a los liquidadores. Los administradores ordinarios limitan su actividad administrativa a una actividad conservativa, facilitando la entrada a los liquidadores. Desde el momento en que la sociedad se declara en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para celebrar nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas, según vayan venciendo y a realizar las operaciones pendientes. En la última reunión de la asamblea de socios, designarán éstos en poder de quién quedarán los libros, papeles y documentos de la sociedad para todos los efectos legales. Si la liquidación es hecha por el Juez o falta la designación del depositario, se depositarán en el archivo del Juzgado correspondiente. Los libros, papeles y documentos referidos, se conservarán durante diez años⁹⁷³.

Segunda fase: Llamada fase de ejecución, consiste en la realización de las actividades liquidadoras en sentido estricto, incluye las llamadas operaciones de liquidación; la extinción de las relaciones jurídicas pendientes, la liquidación del pasivo y del activo y el reparto del remanente⁹⁷⁴.

Tercera fase: Consiste en la fase de la extinción. En esta etapa el proceso de liquidación concluye, con la extinción final de la sociedad⁹⁷⁵.

2.3 La figura de los liquidadores

Son las personas encargadas de hacer la liquidación, constituyen la figura cardinal del proceso de liquidación. El lugar que ocupan en el proceso de liquidación es el mismo que ocupan los administradores en la sociedad en explotación⁹⁷⁶. Sus facultades, quedan restringidas

⁹⁷² Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op. Cit.*, pág. 692

⁹⁷³ 285-286-46-273-276-277CC

⁹⁷⁴ Arts. 272-274-275 CC

⁹⁷⁵ Arts. 280-282-285 CC

⁹⁷⁶ Cfr. Rodríguez Rodríguez, *Op. Cit.*, Pág. 481

en función de las restricciones que experimentan con la disolución del objeto social. Desempeñarán la función de liquidadores, los que hasta la fecha de la disolución venían desempeñándose en los puestos de administradores. El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad, y como tal deberá conformarse escrupulosamente a las reglas de su mandato y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables⁹⁷⁷. Los antiguos administradores persisten en el cargo sólo en el caso que nadie manifieste su oposición. Si los socios no desean que continúen los antiguos administradores, ni desean ocuparse ellos mismos de la liquidación, ni les parece la oportuna intervención judicial, siempre tienen abierta la posibilidad de nombrar uno o varios liquidadores ajenos al círculo social⁹⁷⁸. Cabe inclusive la posibilidad de que se le encomiende a un tercero la designación de liquidador⁹⁷⁹. En las sociedades colectivas el nombramiento de los liquidadores se hace por unanimidad de socios en Asamblea General de socio y en caso de desacuerdo por el juez competente⁹⁸⁰. El nombramiento del los liquidadores puede hacerse en la escritura social o de disolución⁹⁸¹.

En las sociedades anónimas el nombramiento de los liquidadores solamente será válido cuando esté hecho, al menos, por la mitad de los socios que poseen las tres cuartas partes del capital social. Cuando la sociedad sea declarada judicialmente como no existente por nulidad esencial de su constitución o en caso de no reunirse el número de votos prescritos anteriormente, se procederá por el Juez al nombramiento de liquidadores⁹⁸².

El nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Mercantil en el libro segundo⁹⁸³.

2.4 Funciones de los liquidadores

2.4.1 Actuar como un verdadero mandatario de la sociedad y como tal deberá conformarse escrupulosamente a las reglas del

⁹⁷⁷ Art. 176-276.1 CC

⁹⁷⁸ Art. 175 segundo párrafo CC

⁹⁷⁹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op Cit*, pág. 693

⁹⁸⁰ Art. 175 primer párrafo CC

⁹⁸¹ Arts. 174- 175 primer párrafo CC

⁹⁸² Art. Art. 273 CC

⁹⁸³ Art. 13 inciso a), b) CC

en función de las restricciones que experimentan con la disolución del objeto social. Desempeñarán la función de liquidadores, los que hasta la fecha de la disolución venían desempeñándose en los puestos de administradores. El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad, y como tal deberá conformarse escrupulosamente a las reglas de su mandato y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables⁹⁷⁷. Los antiguos administradores persisten en el cargo sólo en el caso que nadie manifieste su oposición. Si los socios no desean que continúen los antiguos administradores, ni desean ocuparse ellos mismos de la liquidación, ni les parece la oportuna intervención judicial, siempre tienen abierta la posibilidad de nombrar uno o varios liquidadores ajenos al círculo social⁹⁷⁸. Cabe inclusive la posibilidad de que se le encomiende a un tercero la designación de liquidador⁹⁷⁹. En las sociedades colectivas el nombramiento de los liquidadores se hace por unanimidad de socios en Asamblea General de socio y en caso de desacuerdo por el juez competente⁹⁸⁰. El nombramiento del los liquidadores puede hacerse en la escritura social o de disolución⁹⁸¹.

En las sociedades anónimas el nombramiento de los liquidadores solamente será válido cuando esté hecho, al menos, por la mitad de los socios que poseen las tres cuartas partes del capital social. Cuando la sociedad sea declarada judicialmente como no existente por nulidad esencial de su constitución o en caso de no reunirse el número de votos prescritos anteriormente, se procederá por el Juez al nombramiento de liquidadores⁹⁸².

El nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Mercantil en el libro segundo⁹⁸³.

2.4 Funciones de los liquidadores

2.4.1 Actuar como un verdadero mandatario de la sociedad y como tal deberá conformarse escrupulosamente a las reglas del

⁹⁷⁷ Art. 176-276.1 CC

⁹⁷⁸ Art. 175 segundo párrafo CC

⁹⁷⁹ Cfr Paz-Ares, en Uría-Menéndez, *Op Cit*, pág. 693

⁹⁸⁰ Art. 175 primer párrafo CC

⁹⁸¹ Arts. 174- 175 primer párrafo CC

⁹⁸² Art. Art. 273 CC

⁹⁸³ Art. 13 inciso a), b) CC

mandato y responder a lo socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables. Tendrá la representación en juicio y fuera de él⁹⁸⁴. Según Boletín Judicial No. 14500 *“Trabado el cuasicontrato de la litis, la personería del mandatario subsiste aún durante el estado de liquidación de la sociedad, y aún después de liquidada; es aplicable a estos casos los preceptos legales de la muerte física de los individuos”*.

2.4.2 Ejecutar todos los actos de conservación de los bienes, interrupción de prescripciones.

2.4.3 A formar inventario al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquier naturaleza que sean: de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad⁹⁸⁵.

2.4.4 Continuar y concluir las operaciones pendientes⁹⁸⁶.

2.4.5 Exigir las cuentas de los gerentes y a cualquier otro que haya manejado intereses en la sociedad⁹⁸⁷.

2.4.6 Liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios⁹⁸⁸.

2.4.7 Exigir el pago de los créditos, percibir su importe, y otorgar los correspondientes finiquitos⁹⁸⁹.

2.4.8 Vender los valores mobiliarios de la sociedad⁹⁹⁰.

2.4.9 Presentar estados de liquidación mensualmente o cuando los socios lo exijan⁹⁹¹. En el caso de las sociedades anónimas los liquidadores presentarán cada año a la Junta General, un balance parcial de las operaciones por ellos realizadas y rendirán cuentas en los términos prescritos para los administradores de las sociedades⁹⁹².

⁹⁸⁴ Arts. 176-181 276.1 CC ; 3296-3309 C

⁹⁸⁵ Arts. 690 Pr; 1276 C

⁹⁸⁶ Art. 179.2-184-277.1 CC

⁹⁸⁷ Arts. 179.3-276 CC

⁹⁸⁸ Arts. 179.4.280 CC; BJ 19669-453-1964

⁹⁸⁹ Arts. 179.5-276 CC

⁹⁹⁰ Arts. 179.6-276 CC

⁹⁹¹ Art. 179.7 CC

⁹⁹² Art. 281 CC

2.4.10 Rendir al final de la liquidación, una cuenta general de su administración⁹⁹³. Es decir, terminada la liquidación, los liquidadores someterán a la aprobación de aquellos a quienes deban su nombramiento, las cuentas finales y un informe explicativo del desempeño de su mandato, acompañado de todos los documentos que esclarezcan y justifiquen su gestión⁹⁹⁴.

2.4.11 Si el liquidador fuere el mismo gerente de la sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión⁹⁹⁵.

2.5 Prohibiciones del liquidador, salvo pacto en contrario⁹⁹⁶:

2.5.1 Continuar las actividades comerciales de la sociedad hasta la liquidación de ésta; pero podrán proseguir las operaciones pendientes hasta su conclusión.

2.5.2 Ejecutar otros actos y contratos de los que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo;

2.5.3 Obligar, hipotecar o enajenar bienes inmuebles y transigir sobre ellos;

2.5.4 Tomar dinero a préstamo para el pago de las deudas sociales;

2.5.5 Comprar mercaderías para revender;

2.5.6 Endosar efectos de comercio;

2.5.7 Desistir de cualquier pleito en que la sociedad sea parte;

2.5.8 Celebrar transacciones sobre derechos sociales, ni sujetarlos a compromisos.

⁹⁹³ Art. 145 CC

⁹⁹⁴ Art. 282 CC

⁹⁹⁵ Art. 179.7 CC

⁹⁹⁶ Arts. 177-179-276-277 CC; 3310-3357 C

2.4.10 Rendir al final de la liquidación, una cuenta general de su administración⁹⁹³. Es decir, terminada la liquidación, los liquidadores someterán a la aprobación de aquellos a quienes deban su nombramiento, las cuentas finales y un informe explicativo del desempeño de su mandato, acompañado de todos los documentos que esclarezcan y justifiquen su gestión⁹⁹⁴.

2.4.11 Si el liquidador fuere el mismo gerente de la sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión⁹⁹⁵.

2.5 Prohibiciones del liquidador, salvo pacto en contrario⁹⁹⁶:

2.5.1 Continuar las actividades comerciales de la sociedad hasta la liquidación de ésta; pero podrán proseguir las operaciones pendientes hasta su conclusión.

2.5.2 Ejecutar otros actos y contratos de los que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo;

2.5.3 Obligar, hipotecar o enajenar bienes inmuebles y transigir sobre ellos;

2.5.4 Tomar dinero a préstamo para el pago de las deudas sociales;

2.5.5 Comprar mercaderías para revender;

2.5.6 Endosar efectos de comercio;

2.5.7 Desistir de cualquier pleito en que la sociedad sea parte;

2.5.8 Celebrar transacciones sobre derechos sociales, ni sujetarlos a compromisos.

⁹⁹³ Art. 145 CC

⁹⁹⁴ Art. 282 CC

⁹⁹⁵ Art. 179.7 CC

⁹⁹⁶ Arts. 177-179-276-277 CC; 3310-3357 C

2.6 Regla de aplicación cuando hay dos o más liquidadores

El contrato social o la Asamblea de Socios podrán designar el número de liquidadores que tengan por conveniente. Ley española recomienda que sean en número impar, la exigencia legal se debe por establecerse una presunción a favor de la necesidad de que los liquidadores constituyan un órgano colegiado de liquidación que decida las cuestiones por mayoría, con la finalidad aparente de evitar posibles empates que pudieran paralizar el desarrollo de la liquidación.

En el caso de la sociedad colectiva el código establece la siguiente regla⁹⁹⁷:

2.6.1 Cuando hay dos o más liquidadores conjuntos son aplicables las reglas siguientes:

2.6.1.1 Habiendo dos liquidadores que según su título hayan de proceder de consuno, la oposición de uno de ellos impedirá la consumación de los actos o contratos proyectados por el otro.

2.6.1.2 Si los liquidadores conjuntos fueran tres o más deberán proceder de acuerdo con el voto de la mayoría y abstenerse de llevar a cabo actos o contratos que no la hubiesen obtenido.

2.6.1.3 Si no obstante la oposición o falta de mayoría, se ejecutare el acto o contrato, surtirá todos sus efectos respecto de terceros de buena fe y el liquidador que lo hubiese celebrado responderá a la sociedad de los perjuicios que a ésta se siguieren.

2.6.1.4 Las discordias que ocurrieren entre ellos serán sometidas a la resolución de los socios y por ausencia u otro impedimento de la mayoría de éstos a la del Tribunal competente.

2.7 Responsabilidad del liquidador

Además de los que deducen en las funciones, el liquidador, es responsable a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culposas⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ Artos. 162-178 CC

⁹⁹⁸ Art. 176 CC

La personalidad de los liquidadores subsistirá, según las reglas generales del mandato, hasta la aprobación definitiva de sus cuentas de liquidación y partición, sin perjuicio de las acciones que los socios tengan por los errores o fraudes que contuvieren y que se descubran con posterioridad⁹⁹⁹.

2.8 Renuncia y remoción de los liquidadores

En el caso de las sociedades colectivas, los liquidadores nombrados en el contrato social podrán renunciar o ser removidos: Por las causas y forma establecidos en el derecho común¹⁰⁰⁰; y cuando fuere nombrado en otra forma que la antes señalada, entonces se aplican las reglas generales del mandato¹⁰⁰¹, artículos que reglamentan como termina el mandato¹⁰⁰².

En el caso de la sociedad anónima se procederá de acuerdo al artículo 273 CC anteriormente comentado.

2.9 Operaciones de la liquidación

La primera actividad que desarrolla el liquidador o liquidadores es fijar el estado patrimonial de la sociedad, a través de un balance de la liquidación o lo que materialmente equivale, un inventario del activo y del pasivo de la sociedad¹⁰⁰³. Este balance una vez puesto en conocimiento y aprobado por los socios, se abre la vía a las operaciones de la liquidación, que incluye:

2.9.1 La Extinción de las relaciones jurídicas preexistentes. Este resultado se producirá con la extinción de las relaciones jurídicas pendientes. Los liquidadores habrán de adoptar las medidas necesarias para poner fin a las relaciones jurídicas de la sociedad, cuidando aquellas que entrañen más dificultad de liquidación, como son: contratos de trabajo, de suministro, de arrendamiento, de distribución, etc¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁹ Art. 283 CC

¹⁰⁰⁰ Arts. 3245 y siguiente C

¹⁰⁰¹ Art. 3345-3346 al 3350 C

¹⁰⁰² Arts. 182-183 CC

¹⁰⁰³ Art. 179.1 CC

¹⁰⁰⁴ Art. 179.2 -277 CC

La personalidad de los liquidadores subsistirá, según las reglas generales del mandato, hasta la aprobación definitiva de sus cuentas de liquidación y partición, sin perjuicio de las acciones que los socios tengan por los errores o fraudes que contuvieren y que se descubran con posterioridad⁹⁹⁹.

2.8 Renuncia y remoción de los liquidadores

En el caso de las sociedades colectivas, los liquidadores nombrados en el contrato social podrán renunciar o ser removidos: Por las causas y forma establecidos en el derecho común¹⁰⁰⁰; y cuando fuere nombrado en otra forma que la antes señalada, entonces se aplican las reglas generales del mandato¹⁰⁰¹, artículos que reglamentan como termina el mandato¹⁰⁰².

En el caso de la sociedad anónima se procederá de acuerdo al artículo 273 CC anteriormente comentado.

2.9 Operaciones de la liquidación

La primera actividad que desarrolla el liquidador o liquidadores es fijar el estado patrimonial de la sociedad, a través de un balance de la liquidación o lo que materialmente equivale, un inventario del activo y del pasivo de la sociedad¹⁰⁰³. Este balance una vez puesto en conocimiento y aprobado por los socios, se abre la vía a las operaciones de la liquidación, que incluye:

2.9.1 La Extinción de las relaciones jurídicas preexistentes. Este resultado se producirá con la extinción de las relaciones jurídicas pendientes. Los liquidadores habrán de adoptar las medidas necesarias para poner fin a las relaciones jurídicas de la sociedad, cuidando aquellas que entrañen más dificultad de liquidación, como son: contratos de trabajo, de suministro, de arrendamiento, de distribución, etc¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁹ Art. 283 CC

¹⁰⁰⁰ Arts. 3245 y siguiente C

¹⁰⁰¹ Art. 3345-3346 al 3350 C

¹⁰⁰² Arts. 182-183 CC

¹⁰⁰³ Art. 179.1 CC

¹⁰⁰⁴ Art. 179.2 -277 CC

2.9.2 Liquidación de los activos: Consiste en hacer efectivo los derechos de la sociedad contra terceros. Consiste en cobrar las deudas pendientes, recuperar los bienes sociales que se hallen en poder de terceros. Según la doctrina, es dudoso que pueda requerirse a los socios morosos, pero parece que puede proceder cuando sea preciso atender los fines liquidatorios (pago a acreedores, gastos de conservación, evitación de ventas precipitadas de bienes in natura, etc. En otros casos la reclamación se considera abusiva¹⁰⁰⁵. Obsérvese, que esta solución subyace en el artículo 279 del Código de Comercio, establece que los liquidadores exigirán de los socios el pago de las sumas por el que resulten en descubierto para con la sociedad, y que sean necesarias para satisfacer los respectivos compromisos y gastos originados por la liquidación. Recordemos que es función de los acreedores de la sociedad exigir la responsabilidad subsidiaria de los socios prevista en el artículo 133, 137 del Código de Comercio; sin embargo la doctrina establece que se legitima a los liquidadores para efectuar la correspondientes reclamaciones, pues de lo contrario se haría cargar a los socios demandados con la carga de regresar contra los demás¹⁰⁰⁶.

2.9.3 Liquidación del pasivo: Consiste en satisfacer las deudas de la sociedad exigibles y de afianzar el cumplimiento de las inexigibles. Esto último, hace referencia a cualquier procedimiento para asegurar económicamente el interés del acreedor. Lo más adecuado es crear un fondo de reserva para liquidarlas en el futuro. También se incluyen aquí las devoluciones a los socios de las aportaciones realizadas a título de uso, que cesará a partir del momento en que cesa la actividad de explotación de la sociedad¹⁰⁰⁷.

2.9.4 División del remanente entre los socios: El proceso de liquidación concluye con la división entre los socios del patrimonio neto o remanente. Son aplicables a las particiones entre socios mercantiles, las reglas generales que rigen las particiones entre coherederos¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ Por su parte el Código de Comercio Español, establece en el art. 926 lo siguiente: “Los socios comanditarios, los de Sociedades Anónimas y los de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, no figuraran en el pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios”.

¹⁰⁰⁶ 179.4.5.6-279-133-137-276.2 CC

¹⁰⁰⁷ Art. 179.3.4.5.6 -276-280 CC

¹⁰⁰⁸ Arts. 187-280-1794- CC; 1366 C. 1534 Pr

Para efectuar la división del remanente hay proceder a lo siguiente:

- *La rendición de cuentas finales*, que se traduce a un balance de la liquidación en la que han de valorarse todos los elementos patrimoniales de la sociedad, éste balance habrá de acompañarse de una propuesta de división o reparto para su respectiva aprobación por la asamblea de socios. El socio que se sienta agraviado podrá impugnar y solicitar del juez la oportuna rectificación de la propuesta o acuerdo de reparto¹⁰⁰⁹;
- *El momento en que ha de procederse al reparto*, debe ser una vez realizadas las operaciones de liquidación del activo y del pasivo, que se llevará a cabo una vez satisfecho las deudas y obligaciones de la compañía. Pero recordemos que los socios morosos responden con su patrimonio personal a las deudas de la sociedad, de modo que si se permitiera el reparto y la desaparición del patrimonio social antes de que sean satisfechas las deudas, los acreedores sociales podrán concurrir con los acreedores particulares de los socios, volatizándose la garantía de la separación patrimonial. La trasgresión de la misma, si bien no provocaría la nulidad de la división, determinaría su inoponibilidad a terceros;
- *Procedimiento del reparto*: Son aplicables a las particiones entre los socios, las reglas relativas a la partición de herencia, la forma de la partición, y las obligaciones que de ellas resulten a los herederos. Excepto que se haya señalado en el contrato o el acuerdo mayoritario de los socios. Según BJ ps. 7189-10634 *"si los interesados no están conforme con la partición el partidor la pasará al Juez de Distrito o local y de la sentencia de éstos admite casación en los casos en que es recurrible un laudo con el art. 1393 C"*¹⁰¹⁰;
- *Determinación de la parte de cada socio en el patrimonio remanente*: Habrá de aplicarse las reglas contractuales o legales sobre la distribución del patrimonio de pérdidas y ganancias, salvo pacto en contrario en la escritura de liquidación.

¹⁰⁰⁹ Art. 280 CC

¹⁰¹⁰ Art. 187-280 CC

2.9.5 En las sociedades colectivas, terminada la liquidación y participación definitiva, los libros, documentos sociales, serán depositados en casa de uno de los socios que a pluralidad de votos se designe¹⁰¹¹. En el caso de sociedad anónima, en la última reunión o Junta General de socios, designarán éstos en poder de quien quedarán los libros, papeles y documentos de la sociedad para todos los efectos legales. Si la liquidación es hecha por el Juez o falta la designación del depositario, se depositarán en el archivo del Juzgado correspondiente. Los libros, papeles y documentos se conservarán durante diez años¹⁰¹².

3. Extinción

Para que surta todos los efectos legales es requisito formal la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, razón por la cual nuestro sistema jurídico señala que una vez terminada la liquidación, los liquidadores someterán a la aprobación de aquellos a quienes deban su nombramiento, las cuentas finales y un informe explicativo del desempeño de su mandato, acompañado de todos los documentos que esclarezcan y justifiquen su gestión. El acta de la aprobación final de las cuentas de liquidación y partición o la sentencia judicial dictada sobre ellas, se publicará en el periódico oficial del Gobierno, y se inscribirá en el respectivo Registro¹⁰¹³. En el caso de la sociedad colectiva nuestro código no hace referencia a la publicidad e inscripción, aunque el art. 13 del CC es genérico e incluye los dos casos.

Una vez realizado el reparto y cerrada la liquidación, se extingue la sociedad. El problema es determinar cuándo se produce el cierre de la liquidación. Existen dos tesis al respecto una se refiere al cierre formal y la otra al cierre material, según la doctrina, la más aceptada es el cierre formal. El cierre formal debe coincidir con el cierre contractual, que tiene lugar cuando alcanza un acuerdo, expreso o tácito, documentado o no, entre los socios, en virtud del cual se da por resuelta la división del haber social. Ese acuerdo debería ser expreso y otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

¹⁰¹¹ Art. 186 CC

¹⁰¹² Arts. 44-46 CC

¹⁰¹³ Arts. 13. a) y b) -282-284 CC

Las cuestiones a que dieren lugar la prestación de la cuenta del socio gerente o liquidador, se someterán al arbitraje de uno o más comerciantes. Cada parte puede nombrar a un árbitro y en caso de discordia, se nombrará un tercero por los mismos árbitros o por el juez en caso de desacuerdo.

4. Reactivación de la vida social

Declarada la disolución de la sociedad, no queda automáticamente extinguida, sino que conserva su personalidad, inclusive durante el período de liquidación. Partiendo de este criterio cabe la pregunta ¿Puede una sociedad disuelta y en liquidación retornar a su vida activa mediante acuerdo de la Asamblea que decida salir del período de liquidación y continuar en el ejercicio del comercio o industria? La respuesta ha sido variada en la doctrina, la respuesta no puede ser genérica, sino depende de cada caso concreto. Recordemos que la sociedad mantiene su personalidad, por lo tanto hay quienes afirman que cabe la posibilidad de que la junta de socios acuerde la continuidad del objeto social siempre y cuando, desaparezca la causa de disolución, ya que de lo contrario el acuerdo de reactivación sería contrario a la ley¹⁰¹⁴.

4.1 Casos de reactivación¹⁰¹⁵:

4.1.1 Disolución por cumplimiento de término. Aquí cabe la prórroga, pero no cabe la reactivación. La disolución opera de pleno derecho.

4.1.2 Disolución por conclusión de empresa que constituya el objeto social. Es posible la reactivación si los socios modifican el objeto social y revocan el acuerdo de disolución.

4.1.3 Disolución por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

Es posible si desaparece la imposibilidad que causa la disolución.

4.1.4 Disolución por pérdidas. Es posible siempre que se proceda a aumentar el capital o en su caso reducirlo.

¹⁰¹⁴ Cfr Madrid Parra, Agustín, en Jiménez Sánchez, Guillermo, Op. Cit, Pág. 564

¹⁰¹⁵ *Ibid*, pág. 565

4.1.5 Disolución por fusión o escisión total. Es posible si no tiene lugar la fusión o escisión.

4.1.6 Disolución por voluntad de la Junta. Es posible siempre que se proceda con los mismos requisitos.

4.1.7 Disolución por causas fijadas en los estatutos. Depende de lo acordado.

4.1.8 Disolución por quiebra. Cabe si se pacta en convenio con los acreedores.

El acuerdo de reactivación se publica y se inscribe el Registro Mercantil.

5. La llamada Disolución parcial

La doctrina considera que la resolución del negocio social puede producirse respecto de uno o varios socios, en cuyo caso se habla de disolución parcial respecto de todos los socios, supuesto que denomina disolución total¹⁰¹⁶.

La disolución parcial, es el contrato social concebido como institución plurilateral, el que sufre la amputación de una o varias de las partes que lo integran. Para el resto, los vínculos jurídicos subsisten sin modificación. Poco importa que unos hablen de disolución parcial y otros de rescisión. El resultado es el mismo, la ruptura del vínculo contractual social, sólo por lo que a algunos socios atañe. Rodríguez, encuentra dos formas de esta institución jurídica: la exclusión, cuando es la sociedad la que reacciona contra un socio, lo expulsa de ella y hace concluir el contrato con el mismo. La separación, cuando es el socio el que se elimina o se sale de la sociedad y provoca la conclusión del contrato por lo que a él le concierne. Generalmente, la exclusión es una medida de defensa de la sociedad contra el socio; la separación lo es del socio contra la sociedad¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁶ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, Porrúa, 1986, pág. 443

¹⁰¹⁷ Cfr Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Op. Cit.*, pág. 452

Bibliografía

- ATHIÉ GUTIÉRREZ, Amado, *Derecho Mercantil*, 2 edición, McGrawHill, México, 2002.
- ASCARELLI, Tullio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Ediar SA, Buenos Aires, 1947.
- APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa-BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio-SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael y otros, *Práctica Mercantil (Casos Prácticos)*, Civitas-Ediciones, Madrid, 1999.
- ANAYA, Jaime Luis, *Los grupos de interés económico del derecho francés como modelo legislativo, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Desalma, año, 1972.
- ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona 1964.
- BORSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, novena ed. Madrid, 1991.
- BELTRÁN, Emilio, *La Disolución de la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas. Madrid, 1991.
- BRUNETTI, Antonio, *Tratado de Derecho de las Sociedades*, Ed, UTEHA, Buenos Aires, 1960 .
- CASTILLO LARA, Eduardo, *Juicios Mercantiles*, 3era ed. Oxford, México DF, 2000
- CÁMARA, Hector, *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1959.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, herrero, 1984.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil*, primera parte, Editorial de Derecho Financiero, 2º edición, Madrid, 1977.

- DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Tratado de Derecho Comercial*, T. III, Montaner y Simón, S.A, Barcelona, 1963.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos, *Títulos de Créditos*, Harla, 2 ed, México, 1992.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Derecho de Sociedades Anónimas*, TI, de Alberto Alonso Uredba y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, de Rodríguez Arteaga, Fernando y otros, *Revista "Jurisprudencia-Comentarios"*, Arnazandi, Cataluña, 1994.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *La cesión global de sociedades anónimas, art. 266 LSA y 246 RRM, Un Casco incorrecto de las III y VI Directivas*, Dds No. 14, 2000.
- FONT RIBAS, Antoni, *En torno al embargo y secuestro de acciones. El reconocimiento del derecho de debate como instrumento de protección del accionista, de la Revista Jurídica de Cataluña*, 1975.
- GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Sociedades Mercantiles*. Harla. México. D.F, 1993.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Temis, Bogota, 1978, T. II.
- GIRÓN TENA, José, *Estudios de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho privado, Madrid 1955.
- GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F, *Derecho Mercantil*, Astrea, Buenos Aires 1985.
- GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona: Laia 1980.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y otros, *Derecho Mercantil*, T. I, Ariel, Barcelona. 6ta edición. 2000.

- LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.
- LEÓN SANZ, Francisco José, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*. Aranzandi, Pamplona, 2001.
- LAZARO SÁNCHEZ, Emilio Jesús, *La fusión, escisión y cesión global del activo* , 1994.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Derecho Comercial*, 2ª Ed, Lima 1976.
- MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil: Introducción, Conceptos Fundamentales. Sociedades*, 16ª Ed, Porrúa, Buenos Aires 1977.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil. Porrúa. 1986.*
- NAZAR ESPECHE, Felix, *Comentarios a la ley de sociedades comerciales*, ley 22.903, ed. Depalma, 1984.
- NAVAS, AZUCENA, *Curso de Derecho Mercantil*, Bitecsa, Managua, 1999.
- ORÚE CRUZ, José René, *Manual de Derecho Mercantil*, 1ª ed Managua, , Hipamer, 2003.
- PEREGRÍN CABEZAS, Miguel, Moreno González, Lorenzo, *Derecho Mercantil*, Madrid 1977.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Tratado de las Sociedades Mercantiles*. Tomo I y II. Editorial Porrúa. 5ta edición. México. 1977.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, *Escisión, en comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, TIX, Vol,3 (Transformación, fusión y escisión de la SA)(Dir. Uría-Menéndez-Olovenciia)*, Civitas, Madrid, 1993.

- RUIZ VELASCO, Adolfo, *Derecho Mercantil*, Madrid 1976.
- RODRÍGUEZ, Luis A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 3ª Ed, Tecnos, Madrid 1995.
- SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Derecho Mercantil*, Limusa, México 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones del Derecho Mercantil*. V. I. Madrid. 24ª edición. Mc Graw Hill. 2001.
- SOLÓRZANO, Aníbal, *Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancia y Jurisprudencia*, Banco de la Vivienda, Managua, 1974.
- URÍA, RODRIGO-MENÉNDEZ, Aurelio y otros, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid. Civitas. 1999.
- URENDA ZEGERS, Carlos, *La Empresa y el Derecho*, 2ª Ed, Andrés Bello, Santiago de Chile 1995.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Tratado de las Sociedades*, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, Chile, 1995.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia 17ª edición. 2004.
- VIVANTE, Cesar, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, II, Madrid, 1932.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Asambleas y Fusión de Sociedades Mercantiles*, editorial Porrúa, S.A. México, 1976.
- WITKLER VELÁSQUEZ, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, 6ta ed., McGraw-Hill, México, 2005.

La publicación de la obra que ahora tiene usted entre sus manos es consecuencia de la labor conjunta de la Universidad Centroamericana y el Centro Nicaragüense de Estudios de Derecho, que como entidades que comparten el amor por la Ciencia, han puesto sus esfuerzos en propiciar la creación de un espacio de comunicación de obras nacionales que contribuyan al desarrollo del pensamiento, en este caso jurídico, tan útil y tan esencialmente necesario para el avance y fortalecimiento de la convivencia pacífica en nuestro país.



200677121

